

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM
(andra avdelningen i utökad sammansättning)
den 6 mars 2003 *

I målen T-228/99 och T-233/99,

Westdeutsche Landesbank Girozentrale, Düsseldorf (Tyskland), företrädd av advokaten F. Montag, med delgivningsadress i Luxemburg,

Land Nordrhein-Westfalen, företrädd av advokaten M. Schütte, med delgivningsadress i Luxemburg,

sökande,

* Rättegångsspråk: tyska.

med stöd av

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av W.-D. Plessing, i egenskap av ombud, biträdd av advokaten H.-F. Wissel,

intervenient,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av K.-D. Borchardt och V. Kreuzschitz, båda i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg,

svarande,

med stöd av

Bundesverband deutscher Banken eV, Berlin (Tyskland), företrädd av advokaten H.-J. Niemeyer,

intervenient,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2000/392/EG av den 8 juli 1999 om en åtgärd som Förbundsrepubliken Tyskland genomfört till förmån för Westdeutsche Landesbank Girozentrale (nedan kallad WestLB) (EGT L 150, 2000, s. 1),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(andra avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden R.M. Moura Ramos samt domarna V. Tiili,
J. Pirrung, P. Mengozzi och A.W.H. Meij,
justitiesekreterare: byrådirektören D. Christensen,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet
den 5 och 6 juni 2002,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

I — Kontext

- 1 Förevarande mål rör införlivandet av Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen (nedan kallad WfA) med Westdeutsche Landesbank Girozentrale (nedan kallad WestLB) (nedan kallat överföringen eller den omtvistade transaktionen).

A — Kraven på kapitalbas enligt kapitalbasdirektivet och enligt kapitaltäckningsdirektivet

- 2 Enligt rådets direktiv 89/647/EEG av den 18 december 1989 om kapitaltäckningsgrad för kreditinstitut (EGT L 386, s. 14; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 39) och rådets direktiv 89/299/EEG av den 17 april 1989 om kapitalbasen i kreditinstitut (EGT L 124, s. 16; svensk specialutgåva, område 6, volym 2, s. 211) skall banker ha en kapitalbas motsvarande minst 8 procent av deras riskjusterade tillgångar och risktransaktioner utanför balansräkningen. Som en följd av dessa direktiv gjordes den 1 januari 1992 ändringar i Kreditwesengesetz (den tyska lagen om kreditväsendet). De nya kraven trädde i kraft den 30 juni 1993.

- 3 Vad gäller den nya tröskeln på 8 procent som fastställs genom dessa direktiv skall minst hälften av kapitalbasen bestå av "primärt kapital", som omfattar de kapitalposter som står till ett kreditinstituts förfogande för obegränsad och omedelbar användning till täckning av eventuella risker eller förluster. Det primära kapitalet är av avgörande betydelse i tillsynshänseende för en banks totala tillgång på eget kapital, eftersom "supplementärt kapital", det vill säga ytterligare eget kapital av lägre kvalitet, endast godtas som täckning för en banks risktransaktioner till ett belopp som motsvarar bankens primära kapital.

- 4 Dessutom begränsas en banks stora enskilda exponeringar av storleken på dess kapitalbas. Vid tiden för överföringen av WfA fick enligt § 13 i Kreditwesengesetz en enskild större exponering inte överstiga 50 procent av ett kreditinstituts kapitalbas och det totala beloppet av större exponeringar som översteg 15 procent av kapitalbasen inte uppgå till mer än åtta gånger kapitalbasen. Efter det att Kreditwesengesetz ändrats 1994, för att anpassas till rådets direktiv 92/121/EEG av den 21 december 1992 om övervakning och kontroll av

kreditinstituts stora exponeringar (EGT L 29, 1993, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 208), har den största tillåtna enskilda exponeringen begränsats till 25 procent av en banks kapitalbas, och samtliga större exponeringar tillsammans, det vill säga sådana som var och en överstiger 10 procent av bankens kapitalbas, får inte uppgå till mer än åtta gånger den totala kapitalbasen.

- 5 Dessutom begränsas innehav i andra kreditinstitut och banker av artikel 12 i rådets andra direktiv 89/646/EEG av den 15 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut, samt med ändring av direktiv 77/780/EEG (EGT L 386, s. 1; svensk specialutgåva, område 6, volym 3, s. 27). Enligt § 12 i Kreditwesengesetz, som inte grundar sig på EG-rätten men som är en bestämmelse som också återfinns i andra medlemsstater, är dessutom det totala beloppet av långsiktiga placeringar — däribland även ägarandelar i företag utanför den finansiella sektorn — begränsat till det totala beloppet av bankens eget kapital. De tyska bankerna skulle anpassa sig till de nya kraven på kapitalbas senast den 30 juni 1993.

B — *WestLB*

- 6 *WestLB* är ett offentligrättsligt kreditinstitut som bildats enligt lagstiftningen i Nordrhein-Westfalen (nedan kallad delstaten). Den 31 december 1991 hade *WestLB* en godkänd kapitalbas på 5,1 miljarder tyska mark (DEM). Banken har genom delstatslag tilldelats tre uppgifter. *WestLB* fungerar som centralbank för delstatens lokala sparbanker och sedan den 17 juli 1992 även för sparbankerna i delstaten Brandenburg. I egenskap av delstatlig och kommunal bank utför *WestLB* i synnerhet finansiella transaktioner på uppdrag av sina ägare. Slutligen bedriver *WestLB* allmän bankverksamhet.

- 7 WestLB är till 100 procent i offentlig ägo. Delstaten äger den största andelen av det nominella kapitalet (43,2 procent) och de andra ägarna är Landschaftsverband Rheinland och Landschaftsverband Westfalen-Lippe (sammanslutningar av kommuner i regionerna Rheinland och Westfalen-Lippe), vilka vardera innehar 11,7 procent av kapitalet samt Rheinische och Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband (sammanslutningar av sparbanker i regionerna Rheinland och Westfalen-Lippe), vilka vardera innehar 16,7 procent av andelarna. De ägarförhållanden som rådde vid överföringen var oförändrade åtminstone fram till den 8 juli 1999.
- 8 Vid tiden för överföringen var WestLB-koncernen enligt balansräkningen det tredje största kreditinstitutet i Tyskland, efter Deutsche Bank AG och Dresdner Bank AG. WestLB-koncernen erbjuder finansiella tjänster åt företag och offentliga institutioner och verkar även på de internationella kapitalmarknaderna, både för egen räkning och för andra utgivare av skuldebrev. Liksom många andra tyska universalbanker äger WestLB även andelar i finansiella institut och företag. Under år 1997 bedrev WestLB vidare en stor del av sin verksamhet utanför Förbundsrepubliken Tyskland.

C — WfA

- 9 WfA bildades 1957 och verkade till den 31 december 1991 som en tysk offentligrättslig institution. Som sådan var WfA en självständig juridisk person med ett grundkapital på 100 miljoner DEM och med delstaten som enda ägare. WfA hade enligt lag som enda uppgift att stödja bostadsbyggandet genom att bevilja lån med låg eller ingen ränta. På grund av sin allmännyttiga karaktär var institutionen befriad från bolags-, förmögens- och rörelsekapitalskatt.

- 10 Delstatens ansvar för eventuella förluster och i egenskap av garant gällde på grund av WfA:s ställning av offentligrättslig institution för WfA:s samtliga skulder. Dessa garantier kvarstår oförändrade efter överföringen.

D — *WfA:s införlivande med WestLB*

- 11 I enlighet med Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung (lag om stöd till bostadsbyggande) som antogs av delstatsparlamentet den 18 december 1991 överfördes WfA till WestLB den 1 januari 1992.
- 12 Som skäl för överföringen anges i motiveringen till lagen behovet av att öka WestLB:s kapitalbas för att kreditinstitutet skall kunna uppfylla de strängare kapitaltäckningskrav som gäller från och med den 30 juni 1993. Dessutom borde sammanslagningen av WfA:s och WestBL:s verksamhet avseende stöd till bostadsbyggande leda till ökad effektivitet.
- 13 I samband med överföringen upphävde delstaten WfA:s garanti på ca 7,4 miljarder DEM för delstatens skulder för införskaffande av kapital som avsåg stöd till bostadsbyggande.
- 14 WestLB blev universalsuccessor till WfA (med undantag för WfA:s garanti avseende delstatens skulder på grund av stödet till bostadsbyggande, som upphävdes före överföringen). WfA blev en organisatoriskt och ekonomiskt självständig offentligrättslig institution inom WestLB utan rättskapacitet. WfA:s

grundkapital och reserver måste tas upp i WestLB:s balansräkning som en särskild reserv. Delstaten ansvarade på grund av sitt institutionella ansvar och garantiansvar fortfarande för WfA:s skulder.

- 15 De tillgångar som överfördes, det vill säga WfA:s grundkapital, reserver, bostadsstödsfonden och andra fordringar samt framtida återbetalningar av bostadslån kunde även efter överföringen till WestLB enligt artikel 2 § 16 andra stycket i den ovan i punkt 11 nämnda lagen endast användas för att finansiera stödet till bostadsbyggande. I lagen angavs emellertid även att de överförda tillgångarna samtidigt skulle räknas som eget kapital enligt Kreditwesengesetz (och följaktligen enligt direktiv 89/299), vilket ligger till grund för beräkningen av en banks kapitaltäckningsgrad. Följaktligen skulle de överförda tillgångarna även täcka WestLB:s konkurrensutsatta affärsverksamhet.
- 16 Med anledning av överföringen av tillgångarna ändrade WestLB:s ägare huvudavtalet och kom överens om att de för stöd till bostadsbyggande bestämda tillgångarna alltid skulle bevaras, till och med om WestLB skulle ådra sig förluster som förbrukade det ursprungliga kapitalet. WfA-kapitalet skulle internt tas i anspråk först efter WestLB:s övriga egna medel. Det preciserades i huvudavtalet att det institutionella ansvaret för ägarna till WestLB även omfattade WfA:s särskilda reserv. Om WestLB skulle likvideras skulle delstaten ha en prioriterad fordran på WfA-kapitalet. Dessutom förklarades det att ökningen av WestLB:s kapitalbas genom införlivandet av WfA utgjorde en ekonomisk prestation från delstatens sida och att ägarna skulle komma överens om den årliga ersättningen för denna så snart de första resultaten för räkenskapsåren från och med år 1992 förelåg. Detta gjordes i ett tillägg till huvudavtalet av den 11 november 1993. I detta tillägg angavs att WestLB, om banken uppnådde vinst, skulle utge årlig ersättning till delstaten med 0,6 procent efter skatt på den del av WfA:s kapital som kunde tas i anspråk som garanti för WestLB:s verksamhet.

- 17 Trots denna interna överenskommelse för att säkra WfA-tillgångarna gjorde WestLB utåt ingen skillnad mellan WfA:s funktion som institution för stöd till bostadsbyggande och dess funktion som tillhandahållare av eget kapital som garantikapital för WestLB. De tillgångar som överförts står i sin helhet och omedelbart till förfogande för WestLB eller, vid eventuell konkurs, för fordringsägarna.
- 18 I det förvaltningsavtal som träffats mellan delstaten och WestLB i anslutning till lagen om stöd till bostadsbyggandet sägs att WestLB kan använda den särskilda reserven som bas för sin egen affärsverksamhet endast i den mån det garanteras att WfA:s lagstadgade uppgifter uppfylls.
- 19 WfA förlorade sin juridiska självständighet då det blev en avdelning för stöd till bostadsbyggande inom WestLB. WfA införlivades emellertid inte helt med WestLB med avseende på driften. WfA förblev en avskild enhet inom WestLB under namnet Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen — Anstalt der Westdeutschen Landesbank Girozentrale (delstatligt institut för stöd till bostadsbyggande — institut inom WestLB). Denna nya avdelning för stöd till bostadsbyggande inom WestLB ingår visserligen i WestLB:s räkenskaper, men har även en egen redovisning. WestLB:s förutvarande avdelning för stöd till bostadsbyggande har slagits samman med WfA.
- 20 De överförda tillgångarna från WfA i form av grundkapital, reserver, övriga tillgångar och framtida vinster kunde endast användas för att finansiera stödet till bostadsbyggande och måste således förvaltas skilt från WestLB:s övriga affärsverksamhet. Detta särhållande av tillgångarna inom WestLB är samtidigt en förutsättning för att beviljandet av stöd till bostadsbyggandet även i fortsättningen skall behandlas som allmännyttig verksamhet enligt tysk skattelagstiftning. WfA:s skattebefrielser avskaffades således inte.

II — *Administrativt förfarande*

- 21 Genom ett klagomål av den 23 mars 1993 uppmanade Bundesverband deutscher Banken eV (sammanslutning av tyska banker) (nedan kallad BdB), som företräder 300 privata banker i Tyskland, kommissionen att inleda förfarandet enligt artikel 226 EG mot Förbundsrepubliken Tyskland. BdB hävdade att Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (den tyska tillsynsmyndigheten för kreditväsendet) överträtt artikel 4.1 i direktiv 89/299 genom att godkänna tillgångarna i WfA, som hade fusionerats med WestLB, som eget kapital för WestLB.
- 22 Genom en skrivelse av den 31 maj 1994 underrättade BdB kommissionens generaldirektorat med ansvar för konkurrensfrågor (GD IV), om överföringen av tillgångarna och hävdade att denna inneburit att konkurrensen snedvridits till förmån för WestLB. Den 21 december 1994 anförde BdB ett formellt klagomål och uppmanade kommissionen att inleda ett förfarande mot Förbundsrepubliken Tyskland enligt artikel 88.2 EG. I februari och i mars 1995 samt i december 1996 anslöt sig tio banker till BdB:s klagomål.
- 23 För att kunna bedöma om överföringen av tillgångarna utgjorde statligt stöd begärde kommissionen genom skrivelser av den 12 januari, den 9 februari, den 10 november och den 13 december 1993 samt av den 16 januari 1996 ytterligare upplysningar av de federala tyska myndigheterna. Dessa upplysningar lämnades genom skrivelser av den 2 februari och den 16 mars 1993, den 8 mars 1994, den 12 april och den 26 april 1996 samt den 14 januari 1997. Ytterligare skrivelser och handlingar har inkommit från olika berörda parter. Företrädare för kommissionen sammanträffade med företrädare för de tyska myndigheterna, för WestLB och för de andra delstatsbankerna samt de klagande.

- 24 Efter detta informationsutbyte inledde kommissionen, genom beslut av den 1 oktober 1997, förfarandet enligt artikel 88.2 EG (nedan kallat beslutet att inleda förfarandet). I detta beslut drog kommissionen slutsatsen att den ifrågasatta åtgärden sannolikt utgjorde stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG och att den behövde ytterligare upplysningar för att granska fallet. Det gällde framför allt uppgifter om de åtgärder genom vilka delstaten sett till att den på lämpligt vis fick del av de extra vinster som kapitalökningen kunde ge WestLB, uppgifter om effekterna av det överförda kapitalets bristande likviditet, effekterna av att delstatens inflytande i WestLB inte ökat, och effekterna av preferenskaraktären hos den fasta ersättningen samt av eventuella andra faktorer som är av betydelse för att fastställa en rimlig ersättning, uppgifter om storleken på den del av WfA-kapitalet som används för att täcka bankens affärsverksamhet, om resten av WfA-kapitalet som redovisas i WestLB:s balansräkning, om skattelättnaderna, om befrielsen från skulder, om WestLB:s lönsamhet och om de eventuella samverkansvinster.
- 25 Beslutet att inleda förfarandet enligt artikel 88.2 EG delgavs den tyska regeringen genom en skrivelse av den 23 oktober 1997. Genom skrivelser av den 7 och den 25 november samt den 2 december 1997 överenskoms om att konfidentiella uppgifter skulle avlägsnas inför offentliggörandet. Den tyska regeringen lämnade sina synpunkter i en skrivelse av den 27 februari 1998, efter att den genom en skrivelse av den 19 november 1997 bett om förlängd frist, vilket beviljades genom en skrivelse av den 1 december 1997.
- 26 Kommissionens beslut att inleda förfarandet offentliggjordes den 5 maj 1998 i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* (EGT C 140, s. 9). Vid offentliggörandet uppmanade kommissionen berörda parter att inkomma med synpunkter. Kommissionen mottog synpunkter från WestLB (den 19 maj 1998), Association française des banques (den 26 maj 1998), British Bankers' Association (den 2 juni 1998) och BdB (den 4 juni 1998). Dessa synpunkter meddelades den tyska regeringen för yttrande genom en skrivelse av den 15 juni 1998. Den tyska regeringen avgav ett yttrande genom en skrivelse av den 11 augusti 1998.

- 27 Den 15 januari och den 16 september 1998 hölls möten med företrädare för BdB och den 9 september 1998 med företrädare för WestLB. Genom en skrivelse av den 22 september 1998 bjöd kommissionens tjänstemän in de tyska myndigheterna, WestLB och BdB till ett gemensamt möte för att behandla olika aspekter på det föreliggande fallet. BdB överlämnade genom en skrivelse av den 30 oktober 1998 uppgifter till kommissionen. Mötet med de tre berörda parterna hölls den 10 november 1998.
- 28 Därefter anmodade kommissionen genom en skrivelse av den 16 november 1998 de tyska myndigheterna och BdB att lämna ytterligare upplysningar och handlingar. Efter en förlängning av fristen lämnade BdB de önskade uppgifterna genom en skrivelse av den 14 januari 1999. Efter en förlängning av fristen lämnade de tyska myndigheterna uppgifter genom två skrivelser av den 15 januari 1999. Genom en skrivelse av den 7 april 1999 kompletterades dessa uppgifter. Eftersom de tyska myndigheterna inte ville lämna vissa uppgifter till kommissionen förordnade kommissionen genom ett beslut av den 3 mars 1999 att dessa upplysningar skulle lämnas. Detta beslut delgavs den tyska regeringen genom en skrivelse av den 24 mars 1999. Efter en förlängning av fristen följde den tyska regeringen detta föreläggande genom en skrivelse av den 22 april 1999.
- 29 Kommissionen lät genomföra en oberoende undersökning avseende storleken på den ersättning som delstaten borde ha begärt för överföringen av WfA till WestLB. Det konsultföretag (First Consulting) som fick i uppdrag att göra undersökningen deltog också i mötet med de tre berörda parterna den 10 november 1998.

III — *Det ifrågasatta beslutet*

- 30 Kommissionen antog den 8 juli 1999 beslut 2000/392/EG om en åtgärd som Förbundsrepubliken Tyskland genomfört till förmån för Westdeutsche Landesbank Girozentrale (EGT L 150, 2000, s. 1) (nedan kallat det ifrågasatta beslutet).

Beslutet delgavs Förbundsrepubliken Tyskland den 4 augusti 1999 som informerade delstaten om det genom en skrivelse av den 6 augusti 1999. Delstaten underrättade WestBL genom en skrivelse av den 9 augusti 1999, vilken WestBL mottog samma dag.

Beslutet har följande lydelse:

”Artikel 1

Det statliga stöd som Tyskland beviljat Westdeutsche Landesbank Girozentrale till ett totalt belopp av 1 579 700 000 tyska mark (807 700 000 euro) under perioden 1992—1998 är oförenligt med den gemensamma marknaden.

Artikel 2

1. Tyskland skall vidta alla nödvändiga åtgärder för att från stödmottagaren återkräva det stöd som avses i artikel 1 och som olagligen ställts till förfogande.

2. Återkravet skall ske i enlighet med förfarandena i nationell lagstiftning. Till beloppet skall läggas ränta som beräknas på grundval av den referensränta som används vid beräkningen av bidragsekvivalenten inom ramen för regionalstöd och löper från och med den dag då stödet betalades ut till stödmottagaren till dess att det faktiskt återbetalas.

Artikel 3

Tyskland skall inom två månader från dagen för delgivningen av detta beslut underrätta kommissionen om de åtgärder som har vidtagits för att följa detta beslut.”

A — Allmän bedömning

- 31 Kommissionen redogjorde i skälen i det ifrågasatta beslutet för sin bedömning av den aktuella åtgärden. Denna bedömning kan sammanfattas på följande sätt.
- 32 Vad gäller för det första snedvridningen av konkurrensen och påverkan på handeln mellan medlemsstaterna, fann kommissionen att WestLB erbjuder banktjänster i konkurrens med andra europeiska banker såväl utanför som inom Tyskland. Stöd till WestLB snedvrider således konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna negativt. Eftersom en bank endast kan arbeta och utvidga sina affärsmässiga verksamheter om den har en tillräcklig mängd godkänt eget kapital, fann kommissionen att den statliga åtgärden direkt påverkade WestLB:s affärsmöjligheter genom att banken därigenom försågs med sådant eget kapital för kapitaltäckning.

- 33 Kommissionen ansåg vidare att den aktuella transaktionen innebar en överföring av statliga tillgångar till ett företag. Dessa tillgångar, som har ett affärsmässigt värde och för vilka tillräcklig ersättning inte utges, är statliga medel i den mening som avses i artikel 87.1 EG.
- 34 För att undersöka om överföringen av statliga medel till ett företag i offentlig ägo gynnade detta företag och följaktligen kunde utgöra statligt stöd enligt artikel 87.1 EG tillämpade kommissionen principen om en privat investerare i en marknadsekonomi.
- 35 Kommissionen redogjorde sedan ingående för sin bedömning med utgångspunkt i principen om en privat investerare i en marknadsekonomi.
- 36 Kommissionen uttalade för det första att trots att EG-fördraget enligt artikel 295 EG inte berör de olika medlemsstaternas egendomsordning rättfärdigar inte detta att gemenskapens konkurrensregler överträds. Kommissionen ansåg sig således inte ifrågasätta medlemsstaternas rätt att bilda särskilda fonder för att klara av uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse. Men så snart offentliga medel och andra tillgångar används för affärsmässiga, konkurrensutsatta verksamheter, skall de marknadsmässiga reglerna tillämpas. Det betyder att staten då den beslutar att även affärsmässigt utnyttja tillgångar som är avsedda för offentliga ändamål, enligt kommissionens uppfattning, bör kräva en marknadsmässig ersättning för detta.
- 37 Vad gäller för det andra åtgärdens särskilda karaktär ansåg kommissionen att det, då en medlemsstat bestämmer sig för en konstruktion av det slag som här föreligger, skall göras en grundlig undersökning av hur denna ekonomiskt påverkar den konkurrensutsatta delen av företaget.

- 38 Kommissionen betonade för det tredje att ett sätt att garantera en rimlig avkastning på det tillhandahållna kapitalet skulle ha varit att i motsvarande grad öka delstatens andel av WestLB. Eftersom detta inte hade skett borde delstaten, enligt det ifrågasatta beslutet, i enlighet med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi ha krävt en rimlig ersättning för överföringen av kapitalet. Annars skulle delstatens agerande, enligt kommissionen, innebära att WestLB beviljades en fördel som utgör statligt stöd.
- 39 Kommissionen redogjorde för det fjärde för hur det kapital som skulle ligga till grund för beräkningen av ersättningen hade fastställts. För att fastställa en rimlig ersättning var det nödvändigt att skilja mellan de olika delarna av den särskilda WfA-reserven på grundval av deras respektive nytta för WestLB.
- 40 Enligt kommissionen uppfördes totalt 5,9 miljarder DEM som eget kapital i WestLB:s balansräkning. Emellertid godkände Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen endast 4 miljarder DEM som primärt kapital. Av detta belopp kunde enligt bestämmelserna om kapitaltäckning endast 2,5 miljarder DEM verkligen användas av WestLB som kapitalbas för utvidgning av bankens konkurrensutsatta verksamheter, och borde därför utgöra den primära grunden för ersättningen till delstaten. Det resterande beloppet på 1,5 miljarder DEM tjänade som garanti för WfA:s stöd till bostadsbyggande. Ett belopp på 1,9 miljarder DEM upptogs dessutom i balansräkningen, men var inte godkänt som eget kapital för kapitaltäckningsändamål. Följaktligen uppgick det belopp som redovisades i WestLB:s balansräkning, men som inte kunde användas för att utvidga de konkurrensutsatta verksamhetsområdena, till 3,4 miljarder DEM. I den mån detta belopp bidrog till att förbättra bankens anseende i fordringsägarnas ögon, kunde dess ekonomiska funktion — även om det i balansräkningen redovisades som eget kapital — emellertid i detta avseende jämföras med en garanti. Då följaktligen även detta belopp var av ekonomisk nytta för WestLB, skulle en privat investerare i en marknadsekonomi ha krävt ersättning för det. Denna ersättning skulle emellertid uppgå till ett lägre belopp än ersättningen för det belopp på 2,5 miljarder DEM som kunde användas för att utvidga bankens konkurrensutsatta verksamhet.

- 41 Kommissionen redogjorde för det femte för hur en rimlig ersättning för kapitalet hade beräknats.

B — Bedömning av vad som utgjorde rimlig ersättning för kapitalet

- 42 Kommissionen påpekade inledningsvis att transaktionen, mot bakgrund av bestämmelserna om statligt stöd i EG-fördraget, skulle anses utgöra ett kapitaltillskott och inte en garanti och att ersättningen för kapitalet skulle beräknas därefter. Kommissionen ansåg emellertid att en viss andel av detta kapital kunde jämföras med en garanti vid beräkningen av en rimlig ersättning, eftersom WestLB på grund av kapitalets särskilda karaktär inte kunde använda det på samma sätt som normalt eget kapital.
- 43 Kommissionen betonade att införlivandet av WfA med WestLB var av en sådan art att det är svårt att jämföra det med de på marknaden förekommande finansiella instrumenten. Kommissionen förklarade vidare för det första varför den ansåg att den jämförelse med hybridinstrument för eget kapital som den tyska regeringen gjorde på grund av WfA-kapitalets särskilda egenskaper inte var lämplig som grund för att bestämma värdet av en rimlig ersättning för WfA-kapitalet.
- 44 För det andra hänvisade kommissionen till effekterna av likviditetsnackdelarna vid beräkningen av ersättningen för kapitalet. Eftersom WfA-kapitalet till att börja med inte gav WestLB någon likviditet — emedan de överförda tillgångarna och alla WfA:s intäkter enligt lag endast kunde användas för att finansiera stödet till bostadsbyggande — hade WestLB ytterligare finansieringskostnader motsvarande kapitalbeloppet för att fullständigt kunna utnyttja de affärsmöjligheter som banken fick genom det supplementära kapitalet. På grund av dessa extra kostnader, som inte uppkommer med normalt eget kapital, måste man göra ett motsvarande avdrag för att fastställa en rimlig ersättning.

- 45 Till skillnad från WestLB och den tyska regeringen ansåg emellertid kommissionen att inte hela räntesatsen för refinansieringen kunde beaktas. Endast nettokostnaderna borde beaktas som extrakostnader för WestLB, till följd av det överförda kapitalets särskilda egenskaper. Sammanfattningsvis medgav kommissionen således att WestLB fick extra "likviditetskostnader" motsvarande "refinansieringskostnaderna minus skatt". Kommissionen godtog de utlåtanen om ersättningens storlek som den tyska regeringen lagt fram, i vilka räntesatsen 8,26 procent angavs som en rimlig långfristig refinansieringsränta. Med tillämpning av de tyska skattesatserna kunde då en nettofinansieringskostnad på 4,2 procent fastställas.
- 46 Kommissionen redogjorde för det tredje för hur den gick till väga för att fastställa en rimlig ersättning för det belopp på 2,5 miljarder DEM som motsvarade ökningen av det egna kapital som ställts till förfogande för WestLB.
- 47 Kommissionen erinrade om att de externa sakkunniga som kommissionen anlitat hävdade att man borde utgå från den normala avkastningen på investeringar i banksektorn och sedan anpassa denna i enlighet med transaktionens särskilda egenskaper. Kommissionen beaktade dessutom i sin granskning, förutom sin egen erfarenhet, flera uttalanden och undersökningar från investmentbanker och konsultföretag om faktisk och förväntad avkastning på eget kapital och investeringar och även de synpunkter som de olika berörda parterna framfört.
- 48 Kommissionen uppgav att den på grundval av dessa uppgifter, relevanta erfarenheter, marknadsstatistik och sina tidigare beslut beträffande statligt stöd ansåg att en minimiersättning på 12 procent efter skatt borde kunna förväntas för detta kapitaltillskott vid tiden för överföringen.

- 49 Vid beräkningen av rimlig ersättning beaktade kommissionen även den omständigheten att en privat investerare i en marknadsekonomi på grund av transaktionens särdrag skulle ha krävt en högre avkastning i enlighet med villkoren på ifrågavarande kapitalmarknad.
- 50 Det fanns tre skäl för denna ökning. För det första överfördes kapital till ett ansenligt belopp, detta kapital hade avgörande betydelse för WestLB:s möjlighet att uppfylla kapitaltäckningsbestämmelserna och bankens vinst låg i jämförelse med andra banker under genomsnittet. Vidare var risken för delstaten till följd av införlivandet av WfA med WestLB större om WestLB skulle inställa sina betalningar. Dessutom fick delstaten inget utökat röstetal genom införlivandet. Som kompensation för en större riskexponering, som inte balanseras av ett motsvarande större inflytande i företaget, skulle en privat investerare i en marknadsekonomi kräva en högre ersättning. Slutligen var delstatens investering jämförbar med en långsiktig investering i icke noterade värdepapper. På grund av de speciella villkoren vid WfA:s överföring saknade delstaten möjlighet att återta kapitalet och på så sätt upphöra med sin investering. Kommissionen ansåg följaktligen att ett påslag på 1,5 procentenheter var det minsta rimliga i detta fall på grund av transaktionens säregenheter.
- 51 Kommissionen drog slutsatsen att en rimlig ersättning för det ifrågavarande kapitalet skulle uppgå till 9,3 procent, nämligen 12 procent i form av normal avkastning på den ifrågavarande investeringen plus påslaget på 1,5 procentenheter för transaktionens särskilda karaktär minus 4,2 procentenheter på grund av de finansieringskostnader som uppstod för WestLB på grund av de överförda tillgångarnas bristande likviditet.
- 52 Kommissionen redogjorde för det fjärde för hur den hade beräknat rimlig ersättning för det belopp på 3,4 miljarder DEM som upptogs i WestLB:s balansräkning men som inte kunde tjäna till att utvidga bankens konkurrensutsatta verksamheter. Kommissionen erinrade om att den, i sitt beslut att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 EG, uppgav en räntesats på 0,3 procent, som den tyska regeringen nämnt som en rimlig borgensavgift för en bank som WestLB.

Kommissionen ansåg att beloppet översteg det som normalt täcks genom sådana bankgarantier och att WfA-reserven, trots att bankgarantier vanligtvis är knutna till bestämda transaktioner och begränsade i tiden, däremot stod till WestLB:s förfogande på obegränsad tid. Enligt kommissionens uppfattning nödvändiggjorde dessa båda faktorer en höjning av ersättningen, vilken borde ligga omkring 0,5—0,6 procent. Eftersom garantiavgifter normalt utgör driftsutgifter och därför minskar den beskattningsbara vinsten, medan den ersättning som delstaten fick för WfA-kapitalet betalades med beskattade vinstmedel, borde ersättningsnivån justeras i enlighet med detta. Kommissionen ansåg att en ersättningsnivå på 0,3 procent efter skatt utgjorde en korrekt ersättning för detta slag av kapital.

- 53 Kommissionen ansåg för det femte att de samverkansvinster och besparingar som överföringen av WfA och dess införlivande med WestLB medförde för delstaten inte kunde ses som en motprestation från WestLB:s sida för tillhandahållandet av primärt kapital. Eftersom dessa samverkansvinster varken minskade det överförda kapitalets användbarhet för WestLB eller ökade WestLB:s kostnader för överföringen, torde samverkansvinsterna inte heller ha någon inverkan på storleken på den ersättning som en privat investerare i en marknadsekonomi skulle kunna kräva av banken för det egna kapital som ställts till förfogande. Däremot ansåg kommissionen att det belopp på 33 miljoner DEM som WestLB betalade 1992 för WfA:s pensionsåtaganden var en del av den ersättning som betalats för överföringen.

- 54 Kommissionen fastställde slutligen inslaget av statligt stöd i transaktionen, på grundval av de ovan beskrivna beräkningarna av det kapital som skulle beaktas och ersättningen för detta kapital. Kommissionen ansåg att det var marknadsmissigt med en ersättning på 9,3 procent efter skatt för den del av kapitalet som WestLB kunde använda för att täcka sin affärsverksamhet, det vill säga 2,5 miljarder DEM vid utgången av år 1993, och på 0,3 procent efter skatt för skillnaden mellan denna del och det belopp på 5,9 miljarder DEM som i WestLB:s balansräkning redovisades som eget kapital, det vill säga 3,4 miljarder

DEM vid utgången av år 1993. Ersättningen på 0,6 procent som WestLB betalade sedan år 1993 på det belopp som banken kunde använda som täckning för sin affärsverksamhet skulle enligt kommissionen också beaktas. Dessutom godtog kommissionen WestLB:s betalningar år 1992 för WfA:s pensionsåtaganden som en extra ersättning till delstaten. Stödelementet beräknades som skillnaden mellan de faktiskt erlagda betalningarna och de belopp som skulle erlagts enligt de på marknaden rådande villkoren. Enligt kommissionen uppgick det sammanlagda stödet enligt dessa beräkningar till 1 579 700 000 DEM för åren 1992—1998.

55 Efter denna redogörelse för tillämpningen av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi på den aktuella transaktionen förklarade kommissionen sin bedömning av andra aspekter på denna och framlade sedan sina slutsatser.

56 Kommissionen påpekade att den skattebefrielse som gällde för WfA:s verksamhet inom WestLB avseende stöd till bostadsbyggandet bidrog till att öka WfA:s vinster (eller minska dess förluster) och att dess nettokapital således kunde ökas. WestLB skulle på så sätt även förfoga över större belopp för att täcka bankens konkurrensutsatta verksamhet. Men om denna del växer, ökas även det belopp som ligger till grund för den ersättning som skall betalas till delstaten. Kommissionen drog i detta hänseende slutsatsen att om ersättningen fastställdes till en rimlig nivå, skulle skattebefrielsen för stödet till bostadsbyggande inte leda till någon snedvridning av konkurrensen till förmån för WestLB. Kommissionen erinrade om att enligt de beräkningar som det redogjorts för ovan i punkterna 51 och 52 uppgick en rimlig ersättning till 9,3 procent för det belopp som motsvarade ökningen av det för WestLB tillgängliga egna kapitalet och till 0,3 procent för det belopp som redovisades i WestLB:s balansräkning men som inte kunde användas för att utvidga de konkurrensutsatta verksamheterna.

57 I fråga om upphävandet av ansvarsåtagandet ansåg kommissionen att detta säkerligen hade lett till en ökning av WfA:s värde. Men eftersom den ersättning som WestLB skulle betala grundade sig på värderingen av WfA efter detta

upphävande, vilket innebär att denna värdeökning beaktades, medförde upphävandet inte någon fördel för WestLB, förutsatt att ersättningen var marknads-
mässig.

- 58 På grundval av den bedömning som det redogjorts för ovan drog kommissionen slutsatsen att samtliga kriterier i artikel 87.1 EG var uppfyllda, och eftersom inte någon av undantagsbestämmelserna i artiklarna 86.2 EG, 87.2 EG och 87.3 EG var tillämpliga i förevarande fall kunde stödet inte anses vara förenligt med fördraget.

Förfarandet och parternas yrkanden

- 59 Sökandena har väckt förevarande talan genom ansökningar som inkom till förstainstansrättens kansli den 12 oktober 1999.
- 60 Genom beslut av den 22 augusti 2000 av ordföranden på förstainstansrättens fjärde avdelning i utökad sammansättning gavs Förbundsrepubliken Tyskland tillstånd att intervensera till stöd för sökandenas yrkanden och BdB gavs tillstånd att intervensera till stöd för svarandens yrkanden.
- 61 Förstainstansrätten behandlade i samma beslut sökandenas ansökan om konfidentiell behandling och biföll denna ansökan i fråga om viss information i handlingarna. Detta beslut rättades genom beslut av den 23 oktober 2000.

- 62 Efter att ha hört parterna beslutade ordföranden på förstainstansrättens fjärde avdelning i utökad sammansättning genom beslut av den 11 juli 2001 att förena de båda målen vad gäller det muntliga förfarandet och domen i enlighet med artikel 50 i förstainstansrättens rättegångsregler.
- 63 På grund av ändringen i sammansättningen av förstainstansrättens avdelningar från och med den 20 september 2001 tjänstgör referenten på den andra avdelningen i utökad sammansättning och målen tilldelades följaktligen denna avdelning.
- 64 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (andra avdelningen i utökad sammansättning) att inleda det muntliga förfarandet. Sökandena, svaranden och Förbundsrepubliken Tyskland har besvarat de skriftliga frågor som förstainstansrätten ställt och svaranden har inom ramen för åtgärderna för processledning inkommit med begärda handlingar.
- 65 Ordföranden på förstainstansrättens andra avdelning i utökad sammansättning lämnade genom interimistiskt beslut av den 29 maj 2002 bifall till sökandenas ansökan om konfidentiell behandling av vissa uppgifter i ett av de i föregående punkt nämnda dokumenten.
- 66 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 5 och den 6 juni 2002.

67 Trots uttrycklig uppmaning därom yttrade sig intervenienterna inte vid denna förhandling över sökandenas ansökan om konfidentiell behandling av vissa uppgifter i ett av de dokument som kommissionen inkommit med på förstainstansrättens begäran. Det interimistiska beslutet att bevilja konfidentiell behandling av dessa uppgifter skall således fortsätta att gälla.

68 WestLB har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

69 Delstaten har yrkat att förstainstansrätten skall

— ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna,

— fastställa att BdB skall bära sin egen rättegångskostnad.

70 Förbundsrepubliken Tyskland har i egenskap av intervenient yrkat att förstainstansrätten skall

- ogiltigförklara det ifrågasatta beslutet,

- förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

71 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

- ogilla talan,

- förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna.

72 BdB har i egenskap av intervenient yrkat att förstainstansrätten skall

- ogilla talan,

- förplikta sökandena att ersätta rättegångskostnaderna inklusive BdB:s rättegångskostnad.

Prövning i sak

- 73 WestLB har till stöd för sin talan åberopat fem grunder avseende den avgående kommissionens bristande behörighet att fatta det ifrågasatta beslutet, kommissionens rättsstridiga sammansättning, åsidosättande av rätten till försvar, åsidosättande av motiveringsskyldigheten och åsidosättande av artikel 87.1 EG. Delstaten har åberopat fyra grunder avseende kommissionens bristande behörighet och rättsstridiga sammansättning, åsidosättande av rätten till försvar, åsidosättande av väsentliga formföreskrifter och åsidosättande av artiklarna 87.1 EG och 295 EG.
- 74 Sökandena förklarade vid förhandlingen på fråga av förstainstansrätten att de frånföll grunden avseende kommissionens rättsstridiga sammansättning vid det tillfälle då det ifrågasatta beslutet antogs.
- 75 Förstainstansrätten kommer för det första att pröva grunden avseende kommissionens bristande behörighet, för det andra grunden avseende åsidosättande av rätten till försvar och för det tredje grunden avseende åsidosättande av väsentliga formföreskrifter vad gäller det påstådda åsidosättandet av Förbundsrepubliken Tysklands rätt att bli hörd, den påstått felaktiga fastställelsen av de faktiska omständigheterna och det påstådda åsidosättandet av neutralitetsprincipen.
- 76 Förstainstansrätten kommer för det fjärde att pröva grunden avseende åsidosättande av artiklarna 87.1 EG och 295 EG vad gäller den tolkning av begreppet statligt stöd som kommissionen gjorde i det ifrågasatta beslutet. Slutligen kommer förstainstansrätten att pröva grunden avseende åsidosättande av motiveringsskyldigheten tillsammans med den grund som anförts i andra hand avseende åsidosättande av de två ovannämnda bestämmelserna vad gäller kommissionens tillämpning av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi.

I — *Den första grunden: Huruvida kommissionen saknade behörighet att anta det ifrågasatta beslutet*

A — *Parternas argument*

- 77 Sökandena har anfört att kommissionen, som hade avgått den 16 mars 1999, då det ifrågasatta beslutet antogs endast fick handlägga löpande och brådskande ärenden. Eftersom det ifrågasatta beslutet inte tillhör denna kategori skall det ogiltigförklaras.
- 78 Eftersom de rättsliga följderna av att samtliga kommissionsledamöter frivilligt avgår inte uttryckligen anges i EG-fördraget skall, enligt sökandena, artikel 201 andra stycket andra meningen EG tillämpas analogt. Det är nämligen endast i denna fördragsbestämmelse som kommissionens kollektiva avgång behandlas. Kommissionens uppgifter begränsades följaktligen till handläggningen av löpande ärenden.
- 79 Artikel 215 EG är enligt sökandena inte tillämplig i förevarande fall. Kommissionens avgång var inte frivillig, eftersom syftet med den endast var att förekomma att Europaparlamentet antog ett förslag om misstroendevotum. Delstaten har vidare anfört att om antagandet av ett förslag om misstroendevotum leder till att kommissionens behörighet enligt fördraget begränsas till handläggning av löpande ärenden, strider det säkerligen mot den ändamålsenliga verkan hos artikel 201 EG att kommissionen kan undandra sig denna begränsning genom en förebyggande frivillig avgång. I syfte att hindra ett kringgående av artikel 201 EG anser delstaten dessutom att samma begränsning bör gälla vid kollektiv avgång som då ett förslag om misstroendevotum antas.

- 80 Begränsningen av den avgående kommissionens behörighet till handläggning av löpande ärenden följer dessutom av en allmän gemenskapsrättslig princip vilken kan härledas ur medlemsstaternas rättsordningar. Delstaten har i detta hänseende hänvisat till ett yttrande av kommissionens rättstjänst av den 9 januari 1995.
- 81 Sökandena har vidare anfört att samtliga kommissionsledamöters samtidiga avgång inte kan anses som en rad individuella avgångar. Artikel 215 EG avser endast det fallet då en eller flera kommissionsledamöter avgår och det förutsätts således att kommissionen fortfarande är i tjänst och kan kompletteras. Sökandena anser att tillämpningsområdet för artikel 215 EG på ett rättsstridigt sätt skulle utvidgas och att parlamentets befogenheter under förfarandet för att utse en ny kommission skulle begränsas om kommissionens kollektiva avgång skulle anses som summan av de individuella kommissionsledamöternas avgång. Sökandena har bestridit att parlamentet kan anta ett förslag om mistroendeavtug mot kommissionen även efter det att samtliga ledamöter av kommissionen har avgått och de har erinrat om att ett sådant förslag avvisades av parlamentets ordförande.
- 82 Sökandena har i andra hand hävdatt att svarandens befogenheter begränsades till handläggning av löpande och brådskande ärenden, eftersom kommissionen var bunden av sitt eget uttalande av den 17 mars 1999 samt av sina riktlinjer av den 23 mars 1999 angående den verksamhet kommissionen avsåg att begränsa sig till efter avgången. WestLB har i detta hänseende påpekat att domstolen vid flera tillfällen har slagit fast att kommissionens uttalanden med allmän giltighet är bindande för denna även om de inte har formen av en sådan rättsakt som avses i artikel 249 EG (domstolens dom av den 24 mars 1993 i mål C-313/90, CIRFS m.fl. mot kommissionen, REG 1993, s. I-1125, punkterna 34—36, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-83, förstainstansrättens dom av den 12 december 1996 i mål T-380/94, AIUFFASS och AKT mot kommissionen, REG 1996, s. II-2169, punkt 57, och av den 5 november 1997 i mål T-149/95, Ducros mot kommissionen, REG 1997, s. II-2031, punkt 61).
- 83 Sökandena har för det andra gjort gällande att det ifrågasatta beslutet avser ett typfall och är prejudicerande inom området för statligt stöd och att det därför varken rör sig om ett löpande eller ett brådskande ärende.

- 84 Sökandena anser att det ifrågasatta beslutet rör betydligt mer vidsträckta frågor än daglig förvaltning. WfA:s införlivande med WestLB skiljer sig på grund av sin säregna struktur från alla andra åtgärder som kan kvalificeras som statligt stöd. Dessutom tillämpade kommissionen för första gången principen om en privat investerare i en marknadsekonomi på ett solitt företag genom att kräva en inom den berörda sektorn genomsnittlig avkastning på det kapital som den offentliga investeraren tillskjutit (nedan kallat den genomsnittliga avkastningen). Utgången av förfarandet är dessutom av avgörande betydelse för liknande fall.
- 85 Frågan huruvida nämnda förfarande inleddes innan kommissionen avgick saknar enligt sökandena helt betydelse, eftersom kommissionen annars skulle kunna arbeta på samma sätt som innan den avgick. Delstaten har bestridit kommissionens argument att den inte behövde ta ställning till några sakförhållanden eller nya omständigheter under det formella granskningsförfarandet och har anfört att det tvärtom var under detta förfarandes gång som vikten av undersökningen framkom och att det endast är det beslut varigenom förfarandet avslutas som är avgörande. Mot bakgrund av ärendets särdrag och synnerliga vikt kan inte det ifrågasatta beslutet, varigenom förfarandet avslutades, anses antaget inom ramen för kommissionens handläggning av löpande ärenden.
- 86 Beslutet rör inte heller ett brådskande ärende. Kommissionen borde ha avstått från vidare handlande för att undvika att vålla gemenskapen eller enskilda ytterligare skada. Det finns inte någon tidsbegränsning för ett förfarande avseende statligt stöd. Förfarandet pågick dessutom sedan år 1994.
- 87 Delstaten har även påpekat att kommissionens tidigare praxis under övergångsperioder bekräftar uppfattningen att kommissionen inte längre var behörig att anta det ifrågasatta beslutet, eftersom det inte rörde sig om ett vanligt ärende avseende den dagliga förvaltningen och att det inte heller rörde sig om ett brådskande beslut. Den enda kommission som kvarstod efter mandattidens

utgång tills den nya kommissionen hade utsetts var kommissionen under ledning av Jacques Delors. Denna kommission hade under övergångstiden noggrant iakttagit principen att beslut endast fick fattas avseende löpande och verkligen brådskande ärenden. Under denna övergångsperiod antogs inte något beslut att avsluta ett formellt granskningsförfarande angående statligt stöd.

- 88 Kommissionen har, med stöd av BdB, bestridit påståendet att den kollektiva avgången av kommissionen under ledning av Jacques Santer i mars 1999 fick som rättsföljd att dess befogenheter begränsades till att avse handläggningen av löpande ärenden. I andra hand har kommissionen gjort gällande att det ifrågasatta beslutet antogs inom ramen för handläggningen av de löpande ärendena.
- 89 Svaranden anser att det ovan i punkt 80 omnämnda yttrandet från kommissionens rättstjänst som delstaten har inlämnat inte kan beaktas i förfarandet, eftersom det rör sig om ett internt dokument som delstaten har erhållit på ett rättsstridigt sätt. Kommissionen har även begärt att förstainstansrätten i enlighet med artikel 64.4 i rättegångsreglerna skall förordna om att detta dokument skall avlägsnas från akten i mål T-233/99.

B — Förstainstansrättens bedömning

- 90 Förstainstansrätten skall inledningsvis, i enlighet med artiklarna 49 och 64.4 i rättegångsreglerna, ta ställning till kommissionens begäran att yttrandet från kommissionens rättstjänst avseende omfattningen av denna institutions befogenheter efter dess ledamöters avgång skall avlägsnas från akten i mål T-233/99.

- 91 Det aktuella dokumentet är internt för kommissionen och delstaten har inte kunnat styrka att den har kommit i besittning av detta på ett rättsenligt sätt. Svarandens begäran skall således bifallas (se, analogt, domstolens beslut av den 15 oktober 1986 i mål 31/86, LAISA mot rådet, ej publicerat i rättsfalls-samlingen, punkt 5, och beslut av förstainstansrättens ordförande av den 3 mars 1998 i mål T-610/97 R, Carlsen m.fl. mot rådet, REG 1998, s. II-485, punkterna, 36—41 och 45—49).
- 92 Detta yttrande är inte på något vis av avgörande betydelse för den kontroll av lagenligheten som förstainstansrätten skall genomföra (se, för ett liknande resonemang, domstolens beslut av den 11 december 1986 i mål 212/86, ICI mot kommissionen, ej publicerat i rättsfallssamlingen, punkterna 5—8, och av den 20 mars 1991 i mål C-308/90, Advanced Nuclear Fuels mot kommissionen, ej publicerat i rättsfallssamlingen, punkt 12, samt förstainstansrättens dom av den 10 mars 1992 i mål T-9/89, Hüls mot kommissionen, REG 1992, s. II-499, punkterna 85 och 86).
- 93 Sökanden har genom denna grund i huvudsak gjort gällande att det ifrågasatta beslutet är rättsstridigt på grund av att kommissionens befogenheter vid tidpunkten för beslutets antagande var begränsade till handläggning av löpande och brådskande ärenden och att beslutet inte avser ett sådant ärende.
- 94 Oberoende av frågan huruvida kommissionens befogenheter var begränsade då det ifrågasatta beslutet antogs, skall det prövas huruvida detta beslut kan anses som en rättsakt avseende ett löpande ärende.
- 95 Sökandena har gjort gällande att det ifrågasatta beslutet rörde en åtgärd som genom sin säregna struktur skiljer sig från andra åtgärder som kommissionen skall ta ställning till. De har även anfört att kommissionen för första gången tillämpade principen om en privat investerare i en marknadsekonomi på ett solitt företag genom att kräva en genomsnittlig avkastning på detta. Det ifrågasatta beslutet var även prejudicerande för andra liknande ärenden.

- 96 Förstainstansrätten påpekar inledningsvis att det ifrågasatta beslutet inte utgjorde prov på en ny politisk inriktning hos kommissionen och att denna därigenom överskred sina befogenheter med avseende på handläggningen av löpande ärenden.
- 97 Även om förevarande fall på vissa punkter skiljer sig från de ärenden som svaranden tidigare handlagt inom området för statligt stöd, skall det nämligen konstateras att kommissionen under alla omständigheter i det ifrågasatta beslutet begränsade sig till att tillämpa ett rättsligt regelverk som är sammansatt av sedan länge fastlagda regler och principer.
- 98 En sådan tillämpning omfattas av det övervakningsuppdrag som kommissionen har tilldelats genom artikel 211 EG, och särskilt till dess skyldighet att övervaka tillämpningen av artikel 87.1 EG, för att garantera att stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, inte snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag.
- 99 Denna skyldighet har samband med en av gemenskapens främsta uppgifter, nämligen att i enlighet med artikel 3.1 g EG säkerställa att konkurrensen inom den inre marknaden inte snedvrids.
- 100 Det ifrågasatta beslutet skall således anses röra handläggningen av löpande ärenden.

- 101 Sökandena kan inte heller hävda att kommissionens tillämpning av gemenskapsrätten skulle leda till en annan bedömning av ärendets karaktär.
- 102 Vad gäller tillämpningen av principen om en privat investerare i en marknads ekonomi, på solida företag, skall det påpekas att kommissionen redan tidigare hade tagit ställning till huruvida vissa åtgärder överensstämde med denna princip, trots att det gynnade företaget var vinstgivande (kommissionens beslut 98/365/EG av den 1 oktober 1997 om stöd som Frankrike påstått ha beviljat SFMI-Chronopost, EGT L 164, 1998, s. 37, punkterna I. B och II). Kommissionen hade för övrigt tillkännagivit en sådan inriktning år 1993 i punkterna 22 och 23 i kommissionens meddelande om tillämpning av artiklarna 92 och 93 i EG-fördraget och artikel 5 i kommissionens direktiv 80/723/EEG på offentliga företag inom tillverkningssektorn (EGT C 307, s. 3) (nedan kallat kommissionens meddelande av år 1993, se nedan, punkt 211).
- 103 Kravet på en genomsnittlig avkastning skall endast anses utgöra ett analytiskt instrument vid tillämpningen av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi (se nedan punkterna 243—277).
- 104 Det faktum att det ifrågasatta beslutet kunde ha prejudicerande verkan för liknande ärenden utesluter mot bakgrund av dessa omständigheter inte att förevarande fall skall anses som ett löpande ärende.
- 105 Det skall således konstateras att talan inte kan bifallas på förevarande grund, utan att det är nödvändigt att pröva huruvida det finns stöd för argumentet att kommissionens befogenheter efter dess avgång var begränsade.

II — *Den andra grunden: Huruvida rätten till försvar har åsidosatts*A — *Parternas argument*

- 106 Sökandena har med stöd av Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande att kommissionen åsidosatte deras och Förbundsrepubliken Tysklands rätt att bli hörd genom att vägra dem tillgång till First Consultings rapport samt till BdB:s två skrivelser av den 30 oktober 1998 respektive den 14 januari 1999 (nedan kallade BdB:s två skrivelser). Sökandena och Förbundsrepubliken Tyskland fråntogs således möjligheten att framföra sina synpunkter på dessa handlingar liksom på det sakkunnigutlåtande av professor Schulte-Mattler som bifogats den senare av dessa skrivelser. Delstaten har dessutom påpekat att kommissionen i sitt beslut angav en rimlig avkastning efter skatt, vilken således var betydligt högre än den som kunde förväntas med hänsyn till det klagomål av BdB som har givit upphov till förfarandet eller med hänsyn till förslaget till beslut om inledande av det formella granskningsförfarandet i vilket en avkastning före skatt nämndes. Rätten till försvar har åsidosatts, eftersom Förbundsrepubliken Tyskland och delstaten inte har kunnat yttra sig i detta avseende.
- 107 Sökandena och Förbundsrepubliken Tyskland har inledningsvis betonat att First Consultings rapport är en väsentlig beståndsdel av det ifrågasatta beslutets motivering.
- 108 Sökandena har för det första anfört att rätten att bli hörd inte endast tillkommer den medlemsstat till vilken det beslut som antagits inom ramen för förfarandet avseende statligt stöd är riktat utan även det företag som antas ha mottagit stödet (domstolens dom av den 12 februari 1992 i de förenade målen C-48/90 och C-66/90, Nederländerna mot kommissionen, REG 1992, s. I-565, punkt 50 och följande punkter; svensk specialutgåva, tillägg, s. 43). Denna rättighet är erkänd i fråga om tillämpning av artikel 86 EG och borde *a fortiori* även vara erkänd i förfaranden avseende statligt stöd grundade på artikel 87 EG. Sökandena har tillbakavisat kommissionens argument som stöder sig på förstainstansrättens dom

av den 25 juni 1998 i de förenade målen T-371/94 och T-394/94, British Airways m.fl. och British Midland Airways mot kommissionen (REG 1998, s. II-2405, punkterna 57—64), i den del som hänvisningen till berörda parter i denna dom endast avser konkurrenterna och inte stödmottagarna.

- 109 WestLB har med stöd av Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande att den inte har fått delta i det administrativa förfarandet på ett sätt som är lämpligt med hänsyn till omständigheterna i förevarande fall (domen i de ovannämnda målen British Airways m.fl. och British Midland Airways mot kommissionen, punkt 60, och förstainstansrättens dom av den 16 december 1999 i mål T-158/96, Acciaierie di Bolzano mot kommissionen, REG 1999, s. II-3927, punkt 45). WestLB har vidare anfört att principerna för kommissionens administrativa praxis avseende utomståendes rätt att bli hörda inom ramen för kontrollen av företagskoncentrationer analogt skall tillämpas inom området för statligt stöd. Endast på detta sätt kan det krav som förstainstansrätten slog fast i domen i de ovannämnda målen British Airways m.fl. och British Midland mot kommissionen uppfyllas.
- 110 Sökandena har dessutom hävdat att det inte ankommer på kommissionen att avgöra huruvida vissa handlingar innehåller värdefulla upplysningar för de berörda eller ej, utan kommissionen skall ge berörda företag tillgång till alla handlingar, antingen de är till företagets fördel eller ej, med förbehåll för konfidentiella handlingar (förstainstansrättens dom av den 17 december 1991 i mål T-7/89, Hercules Chemicals mot kommissionen, REG 1991, s. II-1711, punkt 54, svensk specialutgåva, volym 11, s. II-83, av den 29 juni 1995 i mål T-30/91, Solvay mot kommissionen, REG 1995, s. II-1775, punkt 101, och i mål T-36/91, ICI mot kommissionen, REG 1995, s. II-1847, punkt 111).
- 111 WestLB anser att rätten att lämna synpunkter i enlighet med artikel 20 i rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel [88] i EG-fördraget (EGT L 83, s. 1) endast är ett uttryck för den allmänna principen om rätten att bli hörd, vilken får sin tillämpning genom denna artikel utan att dess räckvidd begränsas inom rättsområdet för statligt stöd.

- 112 Delstaten anser sig kunna göra gällande ett åsidosättande av dess egen rätt att höras, eftersom förevarande förfarande endast avser en åtgärd som delstaten har vidtagit och eftersom dennas ställning, i egenskap av ensam stödgivare, således skiljer sig från andra parter som berörs av förfarandet.
- 113 Sökandena har för det andra, i fråga om räckvidden av rätten att bli hörd, åberopat domstolens rättspraxis i syfte att vederlägga argumentet att rätten att bli hörd kan utövas på ett ändamålsenligt och effektivt sätt även om den endast omfattar de faktiska omständigheterna men inte kommissionens bedömning av dessa (domstolens domar av den 10 juli 1986 i mål 234/84, Belgien mot kommissionen, REG 1986, s. 2263, punkt 27, svensk specialutgåva, volym 8, s. 691, och i mål 40/85, Belgien mot kommissionen, REG 1986, s. 2321, punkt 28).
- 114 Sökandena har tillbakavisat argumentet att First Consultings rapport i egenskap av intern handling inte kan tillhandahållas med anförande av att denna rapport inte kan kvalificeras som intern. WestLB har till stöd för sin ståndpunkt åberopat meddelandet från kommissionen om interna förfaranderegler för behandling av förfrågningar om tillgång till handlingar enligt artiklarna [81] och [82] i EG-fördraget, av artiklarna 65 och 66 i Parisfördraget och av rådets förordning (EEG) nr 4064/89 (EGT C 23, 1997, s. 3), avseende kartellrättsliga ärenden och kontroll av koncentrationer.
- 115 WestLB och Förbundsrepubliken Tyskland har dessutom erinrat om att Martin Power, direktör vid GD IV, under sammanträdet den 10 november 1998 hade givit löfte om att First Consultings rapport skulle tillhandahållas innan det administrativa förfarandet avslutades. WestLB och Förbundsrepubliken Tyskland har anmodat förstainstansrätten att inom ramen för det muntliga förfarandet höra Peter Fleischer och Gerhard Knoke, som deltog i detta sammanträde, som vittnen i denna fråga.

- 116 Sökandena och Förbundsrepubliken Tyskland har betonat att BdB:s två skrivelser, vilka omnämns i skälen 9 och 10 i det ifrågasatta beslutet, var av stor vikt vid det ifrågasatta beslutets antagande och de har kritiserat kommissionen för att de inte har givits tillgång till dessa handlingar.
- 117 Delstaten har hävdad att redan möjligheten att förfarandet påverkas negativt är tillräcklig för att en kränkning av rätten till försvar skall medföra att beslutet är ogiltigt (domstolens dom av den 14 februari 1990, i mål C-301/87, Frankrike mot kommissionen, kallat Boussac, REG 1990, s. I-307, punkt 31, svensk specialutgåva, volym 10, s. 303, och generaladvokaten Jacobs förslag till avgörande i detta mål, REG 1990, s. I-328, punkt 24). Delstaten anser att endast denna tolkning överensstämmer med den grundläggande innebörden av principen om rätten till försvar, eftersom alla parter som berörs av förfarandet skall höras angående alla de väsentliga frågorna och skall kunna framföra sitt försvar på bästa möjliga sätt.
- 118 Kommissionen har med stöd av BdB bestridit sökandenas argumentation och har gjort gällande, för det första, att sökandena inte har rätt att bli hörda under förfarandet avseende statligt stöd, för det andra, att de faktiskt har fått delta i förfarandet på ett tillfredsställande sätt och, för det tredje, att sökandenas eller Förbundsrepubliken Tysklands eventuella synpunkter på First Consultings rapport eller på BdB:s skrivelser inte skulle ha lett till att kommissionen fattade ett beslut med ett annat innehåll än det ifrågasatta beslutet.

B — Förstainstansrättens bedömning

- 119 Förstainstansrätten skall inledningsvis i enlighet med artiklarna 49 och 65 i rättegångsreglerna ta ställning till begäran att Peter Fleischer och Gerhard Knoke, vilka deltog i sammanträdet den 10 november 1998, skall höras som vittnen

angående frågan huruvida direktören vid GD IV, Martin Power, gav sökandena och Förbundsrepubliken Tyskland löfte om att de skulle få ta del av First Consultings rapport innan det administrativa förfarandet avslutades.

- 120 Förstainstansrätten anser att hörandet av dessa vittnen inte är av avgörande betydelse för den legalitetskontroll som rätten skall utföra, eftersom det för att fastställa huruvida sökandenas eller Förbundsrepubliken Tysklands rätt till försvar har åsidosatts inte är relevant huruvida Martin Power hade givit dem löfte om att få tillgång till denna handling utan huruvida kommissionen var skyldig att ge dem sådan tillgång (se, analogt, den rättspraxis som omnämnts ovan i punkt 92).
- 121 Enligt fast rättspraxis utgör iakttagandet av rätten till försvar i alla förfaranden som inleds mot en person och som kan leda till en rättsakt som går denna person emot en grundläggande gemenskapsrättslig princip som skall säkerställas även i avsaknad av reglering av förfarandet. Denna princip förutsätter att den berörda personen haft tillfälle att från det administrativa stadiet av förfarandet på ett meningsfullt sätt ge sin uppfattning till kända beträffande riktigheten och relevansen i de fakta, anmärkningar och omständigheter som kommissionen åberopat (förstainstansrättens dom av den 30 mars 2000 i mål T-65/96, Kish Glass mot kommissionen, REG 2000, s. II-1885, punkt 32).
- 122 Det administrativa förfarandet i fråga om statligt stöd inleds emellertid endast gentemot den berörda medlemsstaten. De stödmottagande företagen och de territoriella enheter under statlig nivå som beviljar stödet, såsom sökandena, anses i likhet med stödmottagarnas konkurrenter endast vara "berörda" av detta förfarande (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan nämnda målet Bolzano mot kommissionen, punkt 42).

- 123 Det följer dessutom av fast rättspraxis att kommissionen under den fas av granskningen som avses i artikel 88.2 skall uppmana berörda parter att inge yttranden (domstolens dom av den 19 maj 1993 i mål C-198/91, Cook mot kommissionen, REG 1993, s. I-2487, punkt 22, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-201, av den 15 juni 1993 i mål C-225/91, Matra mot kommissionen, REG 1993, s. I-3203, punkt 16, svensk specialutgåva, volym 14, s. I-213, och av den 2 april 1998 i mål C-367/95 P, kommissionen mot Sytraval och Brink's France, REG 1998, s. I-1719, punkt 59).
- 124 I fråga om denna skyldighet har domstolen funnit att offentliggörandet av ett meddelande i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* är ett lämpligt medel för att informera alla berörda parter om att ett förfarande inletts (domstolens dom av den 14 november 1984 i mål 323/82, Intermills mot kommissionen, REG 1984, s. 3809, punkt 17; svensk specialutgåva, volym 7, s. 685), och därvid preciserat att "syftet med meddelandet uteslutande [är] att från de berörda parterna få alla uppgifter som kan vägleda kommissionen i dess framtida handlande" (domstolens dom av den 12 juli 1973 i mål 70/72, kommissionen mot Tyskland, REG 1973, s. 813, punkt 19, svensk specialutgåva, volym 2, s. 117, och förstainstansrättens dom av den 22 oktober 1996 i mål T-266/94, Skibsværftsforeningen m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-1399, punkt 256).
- 125 Denna rättspraxis tillskriver huvudsakligen berörda parter rollen som informationskälla för kommissionen i det administrativa förfarandet enligt artikel 88.2 EG. Av detta följer att berörda parter bara har rätt att delta i det administrativa förfarandet på ett sätt som är lämpligt med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet (domen i de ovannämnda målen British Airways m.fl. och British Midland Airways mot kommissionen, punkterna 59 och 60).
- 126 Sökandena har gjort gällande att kommissionen åsidosatte deras och Förbundsrepubliken Tysklands rätt att bli hörd dels genom att vägra dem tillgång till First Consultings rapport, till BdB:s två skrivelser samt till det sakkunnigutlåtande av professor Schulte-Mattler som bifogats en av dessa skrivelser, dels genom att i sitt beslut ange en avkastning efter skatt utan att tidigare ha nämnt denna eventualitet.

- 127 Förstainstansrätten anser att sökandena, trots den ovannämnda begränsade rätten att delta och få information, ändå på ett meningsfullt sätt har kunnat ge sin uppfattning till känna beträffande riktigheten och relevansen av de fakta, anmärkningar och omständigheter som kommissionen har åberopat avseende den omtvistade transaktionen.
- 128 De uppgifter som förstainstansrätten förfogar över i fråga om sökandenas direkta och indirekta deltagande i det administrativa förfarandet visar tydligt att de har haft möjlighet att framlägga sina synpunkter på de fakta och anmärkningar som kommissionen gjorde gällande i det ifrågasatta beslutet.
- 129 I detta hänseende skall det särskilt påpekas att sökandena har haft möjlighet att dels diskutera vissa aspekter på ärendet vid ett flertal sammanträden med företrädare för kommissionen, dels inge handlingar till svaranden för att stödja sin ståndpunkt. I fråga om en rimlig ersättning för den omtvistade transaktionen har WestLB till exempel till kommissionen ingivit ett sakkunnigutlåtande från en investeringsbank som fått i uppdrag att beräkna denna ersättning. Mot bakgrund av dessa omständigheter kan inte sökandena med framgång hävda att vägran att ge dem tillgång till de aktuella handlingarna eller valet av avkastningens storlek har hindrat dem från att delta i det administrativa förfarandet på ett sätt som är lämpligt med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet.
- 130 Detta konstaterande bekräftas av det faktum att parternas argument ofta omnämns och är föremål för analys i det ifrågasatta beslutet. Vidare styrks detta konstaterande, vilket det kommer att redogöras för nedan, av det faktum att inte heller Förbundsrepubliken Tysklands rätt att höras har åsidosatts i förevarande fall.
- 131 Talan kan således inte bifallas på den grunden att sökandenas rätt att höras har åsidosatts.

- 132 Det skall dock erinras om att de berördas begränsade rättigheter inte påverkar kommissionens skyldighet att i enlighet med artikel 253 EG tillräckligt motivera det slutliga beslutet (domen i de ovannämnda målen British Airways m.fl. och British Midland Airways mot kommissionen, punkterna 64 och 94).
- 133 Anmärkningen att Förbundsrepubliken Tysklands rätt att höras har åsidosatts kommer att prövas nedan inom ramen för bedömningen av huruvida kommissionen har iakttagit väsentliga formföreskrifter.

III — *Den tredje grunden: Huruvida väsentliga formföreskrifter har åsidosatts*

- 134 Sökandena har gjort gällande att väsentliga formföreskrifter i den mening som avses i artikel 230 andra stycket EG har åsidosatts i det ifrågasatta beslutet. I detta sammanhang kommer förstainstansrätten att pröva tre delgrunder. Den första delgrunden avser Förbundsrepubliken Tysklands rätt att bli hörd, den andra delgrunden avser en felaktig fastställelse av de faktiska omständigheterna och den tredje delgrunden avser åsidosättande av neutralitetsprincipen.

A — *Den första delgrunden: Förbundsrepubliken Tysklands rätt att bli hörd*

1. Parternas argument

- 135 Sökandena och Förbundsrepubliken Tyskland har gjort gällande att den sistnämndas rätt att bli hörd har åsidosatts, eftersom den inte har fått ta del av First Consultings rapport och BdB:s två skrivelser. Sökandena och Förbundsrepubliken Tyskland har i detta hänseende framfört de argument som det redogjorts för ovan i punkterna 106, 107, 110, 113, 114, 116 och 117. WestLB har hävdats att vägran att lämna ut First Consultings rapport strider mot

artikel 6.2 i förordning nr 659/1999, i vilken det föreskrivs att de synpunkter som berörda parter inger till kommissionen efter offentliggörandet av beslutet att inleda förfarandet, i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, skall överlämnas till den berörda medlemsstaten. Enligt WestLB borde denna bestämmelse tolkas så, att medlemsstaten skall kunna ge sin uppfattning till känna angående alla de omständigheter som är av avgörande betydelse för det slutliga beslutet. WestLB anser att den i egenskap av gynnat företag har en egen rätt att kräva att kommissionen iakttar det förfarande som föreskrivs i förordning nr 659/1999, eftersom det även ligger i det gynnade företagets intresse att förfarandet avseende statligt stöd genomförs på ett korrekt sätt. Det kan inte uteslutas att kommissionen, om den hade kunnat ta del av den federala tyska regeringens synpunkter, skulle ha vidgått sina misstag och antagit ett annat beslut än det som slutligen antogs.

- 136 Förbundsrepubliken Tyskland har hävdad att förstainstansrätten inom ramen för förevarande förfarande skall ta ställning till Förbundsrepubliken Tysklands rätt att bli hörd. Förbundsrepubliken Tyskland har härvid åberopat domstolens beslut av den 8 februari 2000 i mål C-376/99, Tyskland mot kommissionen (ej publicerat i rättsfallssamlingen), att enligt artikel 54 tredje stycket i stadgan för domstolen skjuta upp handläggningen angående den talan som Förbundsrepubliken Tyskland har väckt vid domstolen mot det ifrågasatta beslutet. Förbundsrepubliken Tyskland anser att detta är ett krav för att förevarande förfarande skall anses, i den mening som avses i nämnda artikel, avse samma tolkningsfrågor som förfarandet vid domstolen.
- 137 Kommissionen har med stöd av BdB gjort gällande att sökandena endast kan åberopa ett åsidosättande av sina egna processuella rättigheter och att det undantag som förstainstansrätten medgav i domen av den 19 juni 1997 i mål T-260/94, Air Inter mot kommissionen (REG 1997, s. II-997), för det fall bindande formföreskrifter har åsidosatts inte är tillämpligt i förevarande fall, eftersom ett sådant åsidosättande inte har styrkts.
- 138 Kommissionen har dessutom bestridit att Förbundsrepubliken Tyskland i förevarande förfarande kan göra gällande en rätt att bli hörd. Kommissionen

har till stöd för detta påstående åberopat artikel 40 fjärde stycket i stadgan för domstolen, artikel 116.3 i förstainstansrättens rättegångsregler, domstolens dom av den 8 juli 1999 i mål C-245/92 P, Chemie Linz mot kommissionen (REG 1999, s. I-4643), och beslut meddelat av domstolens ordförande den 18 november 1999 i mål C-329/99 P (R), Pfizer Animal Health mot rådet (REG 1999, s. I-8343).

2. Förstainstansrättens bedömning

139 Förstainstansrätten skall inledningsvis bedöma huruvida sökandena och Förbundsrepubliken Tyskland inom ramen för förevarande förfarande med framgång kan göra gällande denna medlemsstats rätt att bli hörd.

140 I fråga om för det första sökandenas möjligheter att göra gällande en rätt för Förbundsrepubliken Tyskland att bli hörd skall det erinras om att det administrativa granskningsförfarandet i fråga om statligt stöd inleds endast gentemot den berörda medlemsstaten och att de beslut som kommissionen fattar vid avslutandet av detta förfarande är riktade till de berörda medlemsstaterna (domen i det ovannämnda målet kommissionen mot Sytraval och Brink's France, punkt 45). Dessutom är enligt artikel 88.2 EG den berörda medlemsstaten ansvarig för genomförandet av kommissionens eventuella beslut att de aktuella statliga stödåtgärderna skall upphävas eller ändras.

141 Med hänsyn till den berörda medlemsstatens centrala roll under detta förfarande utgör denna medlemsstats rätt att bli hörd under förfarandet en väsentlig formföreskrift vars åsidosättande medför att kommissionens beslut att en stödåtgärd skall upphävas eller ändras är ogiltigt (se, analogt, domstolens domar

av den 7 maj 1991 i mål C-291/89, Interhotel mot kommissionen, REG 1991, s. I-2257, punkt 17, och i mål C-304/89, Oliveira mot kommissionen, REG 1991, s. I-2283, punkt 21, samt domen i det ovannämnda målet Air Inter mot kommissionen, punkt 80).

- 142 Det stödmottagande företaget, liksom den territoriella enhet under statlig nivå som har beviljat stödet, har följaktligen ett berättigat intresse av att göra gällande en sådan brist i kommissionens beslut, eftersom det eventuella åsidosättandet av medlemsstatens rätt att bli hörd kan påverka den ifrågasatta rättsaktens lagenlighet (se, analogt, domen i det ovannämnda målet Oliveira mot kommissionen, punkt 17).
- 143 Det skall under alla omständigheter erinras om att det följer av rättspraxis att gemenskapsdomstolarna ex officio kan pröva huruvida väsentliga formföreskrifter har åsidosatts (domstolens domar av den 21 december 1954 i mål 1/54, Frankrike mot Höga myndigheten, REG 1954, s. 7, och i mål 2/54, Italien mot Höga myndigheten, REG 1954, s. 73, samt domarna i de ovannämnda målen Interhotel mot kommissionen, punkt 14, och Oliveira mot kommissionen, punkt 18).
- 144 Vad gäller för det andra Förbundsrepubliken Tysklands möjlighet att åberopa sin egen rätt att bli hörd kan det konstateras att det inte finns några bestämmelser i gemenskapsrätten eller i någon rättspraxis som talar emot denna möjlighet.
- 145 Det följer däremot av fast rättspraxis att artikel 40 fjärde stycket i domstolens stadga inte hindrar att en intervenient åberopar andra argument än dem som åberopas av den part som den stödjer, under förutsättning att intervenienten har för avsikt att stödja denna parts yrkanden (domstolens dom av den 23 februari 1961 i mål 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mot Höga myndigheten, REG 1961, s. 1, svensk specialutgåva, volym 1, s. 69, av den

19 november 1998 i mål C-150/94, Förenade kungariket mot rådet, REG 1998, s. I-7235, punkt 36, och av den 8 juli 1999 i mål C-200/92 P, ICI mot kommissionen, REG 1999, s. I-4399, punkterna 31—33 samt 37 och 38). Det är emellertid klart att Förbundsrepubliken Tyskland i förevarande mål inte har framställt andra yrkanden än sökandenas. Sökandena och Förbundsrepubliken Tyskland har vidare anfört exakt samma argument i denna fråga, nämligen att den senares rätt att bli hörd har åsidosatts.

146 Svarandens argument i detta avseende saknar relevans. Förutom föreskrifterna i den redan omnämnda artikel 40 fjärde stycket i domstolens stadga anges i artikel 116.3 i förstainstansrättens rättegångsregler endast att ”intervenienten måste godta målet sådant det föreligger vid tidpunkten för hans intervention”. I domen i det ovannämnda målet Chemie Linz mot kommissionen tillämpas dessutom den fasta rättspraxis enligt vilken intervenienten kan biträda sökandens yrkanden till och med genom andra argument än dem som sökanden har anfört. Intervenienten får emellertid inte framställa andra yrkanden än sökanden (se även domen av den 8 juli 1999 i det ovannämnda målet ICI mot kommissionen, punkterna 22—33). I beslutet i det ovannämnda målet Pfizer Animal Health mot rådet, punkterna 92—97, anges endast att intervenienten kan göra gällande sina intressen inom ramen för en ansökan om uppskov med verkställigheten av en rättsakt, men inte kan utvidga föremålet för tvisten genom att hävda en egen rätt till interimistiskt rättsligt skydd.

147 Sökandena och Förbundsrepubliken Tyskland har således rätt att i förevarande förfarande göra gällande ett åsidosättande av denna medlemsstats rätt att bli hörd såsom ett åsidosättande av en väsentlig formföreskrift under det omtvistade administrativa förfarandet.

148 Vad gäller frågan huruvida det finns grund för denna anmärkning skall det erinras om att iakttagandet av rätten till försvar i alla förfaranden som inleds mot en person och som kan leda till en rättsakt som går denna person emot utgör, såsom det har angivits ovan i punkt 121, en grundläggande gemenskapsrättslig princip som skall säkerställas även i avsaknad av reglering av förfarandet. Denna

princip förutsätter att den person mot vilken kommissionen har inlett ett administrativt förfarande haft tillfälle att under detta förfarande på ett meningsfullt sätt ge sin uppfattning till kännna beträffande riktigheten och relevansen i de fakta, anmärkningar och omständigheter som kommissionen åberopat.

149 I förevarande fall har sökandena och Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande att kommissionen har åsidosatt medlemsstatens rätt att bli hörd, dels genom att vägra den tyska regeringen att ta del av First Consultings rapport, BdB:s två skrivelser och det sakkunnigutlåtande av professor Schulte-Mattler som bifogats en av dessa skrivelser, dels genom att i sitt beslut ange en avkastning efter skatt vilken således var betydligt högre än den som kunde förväntas, med hänsyn till det klagomål av BdB som har givit upphov till förfarandet och med hänsyn till utkastet till beslut om inledande av det formella granskningsförfarandet i vilket en avkastning före skatt nämndes.

150 Förstainstansrätten skall således pröva huruvida vägran att låta Förbundsrepubliken Tyskland ta del av dessa handlingar och fastställelsen av en avkastning efter skatt har hindrat Förbundsrepubliken Tyskland från att på ett meningsfullt sätt ge sin uppfattning till kännna beträffande riktigheten och relevansen i de fakta, anmärkningar och omständigheter som kommissionen åberopat till stöd för sin slutsats angående det åsidosättande av gemenskapsrätten som konstaterades i det ifrågasatta beslutet.

151 Vad gäller de ovannämnda handlingarna skall det konstateras att First Consultings rapport utarbetades i slutet av det administrativa förfarandet. I denna rapport sammanställdes och kommenterades de ståndpunkter som parterna i förfarandet gjort gällande. Kommissionens uppfattning avvek på flera viktiga punkter från det ställningstagande som gjorts i rapporten. I BdB:s skrivelse av den 30 oktober 1998 ges svar på de frågor som kommissionen ställt vid det sammanträde som hållits mellan kommissionen och BdB den 16 september 1998. I skrivelsen återges även BdB:s ställningstagande i fråga om vissa aspekter på ett av WestLB tillhandahållet sakkunnigutlåtande.

152 I BdB:s skrivelse av den 14 januari 1999 behandlas en fråga som diskuterades vid det flerpartsmöte mellan experter som hölls den 10 november 1998, och det redogörs i detta avseende för professor Schulte-Mattlers utlåtande, vilket bifogades denna skrivelse. I skrivelsen behandlas mycket kortfattat vissa punkter i analysen av den omtvistade transaktionen och den innehåller en förnyad begäran att förfarandet skall utmynna i ett beslut. I professor Schulte-Mattlers utlåtande behandlas frågan avseende avkastningen på eget kapital inom ramen för bedömningen av den omtvistade transaktionen.

153 Vikten av att få tillgång till dessa handlingar skall bedömas mot bakgrund av hela det administrativa förfarandet (se ovan, punkterna 23 och 25—28, för en redogörelse av detta förfarande). Kommissionen anmodade emellertid de tyska myndigheterna redan innan det förfarande som avses i artikel 88.2 EG inleddes att inkomma med upplysningar, och flera sammanträden mellan företrädare för kommissionen och för de tyska myndigheterna ägde rum. I beslutet att inleda förfarandet redogjordes dessutom ingående för kommissionens preliminära bedömning av den omtvistade transaktionen, särskilt i fråga om en rimlig ersättning för kapitalet från WfA. Kommissionen drog den preliminära slutsatsen att transaktionen "sannolikt innehåller statligt stöd i den mening som avses i artikel [87.1 EG]" (beslutet att inleda förfarandet, punkt 11). Sedan förfarandet inletts tillställde kommissionen den tyska regeringen de synpunkter som de berörda inkommit med och den tyska regeringen avgav yttranden över dessa synpunkter. De tyska myndigheterna inbjöds även till ett flerpartsmöte den 10 november 1998 för att diskutera vissa frågor rörande den omtvistade transaktionen. De tyska myndigheterna var närvarande vid detta möte. På kommissionens begäran inkom den tyska regeringen senare med ytterligare upplysningar.

154 Dessa kontakter mellan de tyska myndigheterna och kommissionen har avsett ett flertal aspekter på den omtvistade transaktionen, däribland sådana aspekter som de ovan i punkterna 151 och 152 beskrivna handlingarna huvudsakligen avsåg. Detta konstaterande styrks av den detaljerade analys av den tyska regeringens ställningstaganden som gavs i det ifrågasatta beslutet även vad avser dessa frågor.

- 155 Vad gäller användningen i det ifrågasatta beslutet av en avkastning efter skatt skall det för det första betonas att det i beslutet att inleda förfarandet anges en avkastning efter skatt. Det anges vidare i detta beslut med hänvisning till denna typ av avkastning att "det är mycket tveksamt om en privat investerare i en marknadsekonomi, med hänsyn till den avkastning denne normalt förväntar sig av en investering, skulle ha godtagit en fast ersättning på 0,6 procent för det kapital som tillskjutits WestLB" och att "[man], utan att i detta skede fastställa ett slutgiltigt kriterium för jämförelsen, kan... anse att detta värde är betydligt lägre än vad en privat investerare i en marknadsekonomi skulle kräva för en liknande investering" (punkt 7.2).
- 156 Såsom kommissionen med rätta har anfört, utgör inte heller vare sig BdB:s klagomål eller utkastet till beslut om inledande av det formella granskningsförfarandet sådana rättsakter som kan ge upphov till rättsligt relevanta förväntningar, vilka kommissionen skall beakta då det slutliga beslutet utformas. Det skall slutligen konstateras att Förbundsrepubliken Tyskland verkligen har kunnat lämna synpunkter avseende en riklig avkastning på den omtvistade transaktionen, och medlemsstaten kan inte med framgång göra gällande att dess rätt att bli hörd har åsidosatts endast på grund av att den inte, innan det ifrågasatta beslutet antogs, hade fått kännedom om vilken typ av avkastning som fastställdes i detta beslut.
- 157 Det kan inte heller anses att artikel 6.2 i förordning nr 659/1999 har åsidosatts, eftersom kommissionen till den tyska regeringen överlämnade de synpunkter som berörda parter hade ingivit efter det att beslutet att inleda förfarandet offentliggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning*, och eftersom de handlingar som sökandena har åberopat till stöd för sin anmärkning inlämnades till kommissionen i ett senare skede av det administrativa förfarandet. Vidare innehöll dessa handlingar i huvudsak endast en utförligare redogörelse eller förtydliganden avseende de ställningstaganden som parterna redan hade uttryckt under det administrativa förfarandet, såsom det har redogjorts för ovan i punkterna 151 och 152.

- 158 Av det ovan anförda följer att Förbundsrepubliken Tyskland har haft möjlighet att på ett meningsfullt sätt ge sin uppfattning till känna beträffande riktigheten och relevansen i de fakta, anmärkningar och omständigheter som kommissionen åberopat till stöd för sin slutsats angående det åsidosättande av gemenskapsrätten som konstaterades i det ifrågasatta beslutet.
- 159 Det ifrågasatta beslutet är följaktligen inte rättsstridigt på grund av ett åsidosättande av en väsentlig formföreskrift till följd av att Förbundsrepubliken Tysklands rätt att bli hörd inte har iakttagits. Sökandenas och Förbundsrepubliken Tysklands anmärkning i detta hänseende skall således inte godtas.

B — Den andra delgrunden: Huruvida kommissionens fastställelse av de faktiska omständigheterna är felaktig

1. Parternas argument

- 160 Delstaten har gjort gällande att den redogörelse för de faktiska omständigheterna som kommissionen givit i det ifrågasatta beslutet i vissa delar är ofullständig eller felaktig. Delstaten anser för det första att kommissionens påståenden i skäl 13 och följande skäl i det ifrågasatta beslutet innehåller ofullständiga uppgifter angående det tyska banksystemets uppbyggnad, WestLB:s uppgifter och funktion samt angående de offentlighetsrättsliga uppgifter som åligger banken. Delstaten har för det andra gjort gällande att det ifrågasatta beslutet innehåller felaktiga uppgifter angående de faktiska omständigheterna, vilka har varit av avgörande betydelse för den oriktiga bedömning som har gjorts i förevarande ärende. Delstaten har bestridit att WestLB är ett företag i behov av sanering, att WfA:s kapitaltillskott till WestLB är oåterkalleligt och att överföringen av tillgångar från WfA var det enda sättet för WestLB att uppfylla de nya kapitaltäckningskraven utan att minska sina riskviktade tillgångar.

- 161 Kommissionen har bestridit att den rättsliga bedömningen i det ifrågasatta beslutet skulle ha blivit annorlunda om de omständigheter som delstaten har omnämnt hade beaktats. I fråga om den påstått felaktiga fastställelsen av de faktiska omständigheterna har kommissionen bestridit att den i det ifrågasatta beslutet hävdade att det rörde sig om sanering av WestLB. Kommissionen har förklarat varför det är berättigat att påstå att delstaten, åtminstone delvis, förlorar möjligheten att förfoga över WfA:s tillgångar och har återigen gjort gällande att den enda möjligheten för WestLB att uppfylla de nya kapitaltäckningskraven utan att minska sina riskviktade tillgångar var att införliva WfA:s tillgångar.

2. Förstainstansrättens bedömning

- 162 I den mån som det genom denna grund görs gällande att motiveringen bygger på felaktiga faktauppgifter erinrar förstainstansrätten om att det följer av rättspraxis att om ett övervägande i en omtvistad rättsakt innehåller en felaktig faktauppgift, kan detta formfel inte föranleda en ogiltigförklaring av rättsakten om de andra övervägandena ger en tillräcklig motivering (domstolens dom av den 20 oktober 1987 i mål 119/86, Spanien mot rådet och kommissionen, REG 1987, s. 4121, punkt 51, och förstainstansrättens dom av den 21 januari 1999 i de förenade målen T-129/95, T-2/96 och T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke och Lech-Stahlwerke mot kommissionen, REG 1999, s. II-17, punkt 160). Frågan rörande det ifrågasatta beslutets motivering kommer emellertid att bedömas nedan inom ramen för prövningen av den femte grunden.
- 163 I den mån som det dessutom görs gällande att redogörelsen för de faktiska omständigheter som i förevarande fall ligger till grund för tillämpningen av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi är felaktig kan det, för det första, konstateras att delstaten inte har visat på vilket sätt kommissionens påstått oriktiga redogörelse för de faktiska omständigheterna har medfört att denna gjorde en oriktig rättslig eller ekonomisk bedömning av den omtvistade transaktionen. Denna fråga rör, för det andra, prövningen i sak i förevarande mål, vilken kommer att utföras nedan inom ramen för prövningen av den sjätte grunden (se, särskilt, nedan punkterna 336, 350 och 351, 405 och 419).

C — *Den tredje delgrunden: Huruvida neutralitetsprincipen har åsidosatts*

1. Parternas argument

- 164 Delstaten har gjort gällande att kommissionen åsidosatte sin skyldighet att vara opartisk genom att ge BdB en förmånlig behandling under förfarandet och genom att på ett partiskt sätt redogöra för de faktiska omständigheterna. Kommissionen åsidosatte sin skyldighet att vara opartisk genom att, förutom de tyska myndigheterna, endast anmoda BdB att inkomma med handlingar och genom att inte ge övriga berörda tillgång till dessa handlingar. Delstaten har gjort gällande att kommissionen på ett partiskt sätt har redogjort för de faktiska omständigheterna, i synnerhet genom att i det ifrågasatta beslutet jämställa WestLB med en oberoende affärsbank.

2. Förstainstansrättens bedömning

- 165 Anmärkningen avseende kommissionens partiska redogörelse för de faktiska omständigheterna omfattas av anmärkningen avseende en felaktig fastställelse av de faktiska omständigheterna som har bedömts inom ramen för förevarande grundns andra del.
- 166 Anmärkningen att kommissionen inte har tillhandahållit vissa av BdB:s handlingar omfattas av argumentet avseende ett åsidosättande av rätten till försvar, vilket har bedömts och underkänts ovan, eller av anmärkningen avseende ett åsidosättande av motiveringsskyldigheten, vilken kommer att bedömas vid prövningen av den femte grunden.

- 167 Beträffande skyldigheten att vara opartisk är det riktigt att det åligger kommissionen att genomföra en snabb och opartisk handläggning av ett ärende, särskilt vid tillämpningen av artikel 88 EG. Denna skyldighet hänför sig till rätten till en god förvaltning som utgör en av de grundläggande rättsstatsprinciper som är gemensamma för medlemsstaternas författningstradition (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 30 januari 2002 i mål T-54/99, max.mobil mot kommissionen, REG 2002, s. II-313, punkterna 48 och 49, samt däri angiven rättspraxis).
- 168 Förstainstansrätten kan emellertid inte i förevarande fall godta argumentet avseende ett åsidosättande av skyldigheten att vara opartisk. Kommissionen gav nämligen inte BdB en förmånlig behandling under det administrativa förfarandet. Kommissionen begärde, för det första, vid flera tillfällen upplysningar från Förbundsrepubliken Tyskland och sökandena har, för det andra, inte hindrats från att inge handlingar och lämna upplysningar utan de har tvärtom haft möjlighet att framlägga och motivera sina ställningstaganden. Det administrativa förfarandet inom området för statligt stöd är vidare inte ett kontradiktoriskt förfarande i fråga om sökandena.
- 169 Talan kan mot bakgrund av det ovan anförda inte bifallas på den första och den tredje delen av denna grund. Den andra delen kommer att prövas nedan vid prövningen av den femte och den sjätte grunden.

IV — Den fjärde grunden: Huruvida artiklarna 87.1 EG och 295 EG har åsidosatts genom tolkningen av begreppet statligt stöd

- 170 Sökandena har gjort gällande att det ifrågasatta beslutet strider mot artiklarna 87.1 EG och 295 EG på grund av att det däri gjorts en felaktig tolkning av begreppet statligt stöd.

- 171 Delstaten har genom den första delen av denna grund gjort gällande att den omtvistade transaktionen inte utgör stöd som ges med hjälp av statliga medel i den mening som avses i artikel 87.1 EG. Genom den andra delgrunden har sökandena kritiserat kommissionen för att ha utvidgat begreppet statligt stöd genom att tillämpa principen om en privat investerare i en marknadsekonomi på ett lönsamt företag och genom att tolka denna princip så, att det krävs åtminstone en inom den berörda sektorn genomsnittlig avkastning på det kapital som den offentliga investeraren tillskjutit.

A — Den första delgrunden: Huruvida statliga medel har använts

1. Parternas argument

- 172 Delstaten har anfört att den omtvistade transaktionen inte är stöd som givits med hjälp av statliga medel i den mening som avses i artikel 87.1 EG. Det rör sig enligt delstaten inte om statliga medel när staten utan att avvika från sin roll som ägare och företagare uteslutande för att uppnå företagsekonomiska målsättningar tillför kapital till ett företag som på lång sikt är vinstgivande. Transaktionen genomfördes därför att WfA:s tillgångar, ur delstatens företagsynvinkel, därigenom användes på det ekonomiskt mest förnuftiga sättet.
- 173 Enligt delstatens uppfattning skall det styrkas att det har givits stöd med hjälp av statliga medel innan frågan huruvida denna åtgärd har inneburit en förmånlig behandling kan undersökas.

- 174 Delstaten har med stöd av Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande att frågan huruvida ett kapitaltillskott utgör stöd som ges med hjälp av statliga medel endast kan bedömas genom en jämförelse med andra transaktioner som en investerare genomför under de villkor som normalt gäller i en marknadsekonomi, det vill säga med utgångspunkt uteslutande i dennes synsätt. Kommissionen begränsade sig emellertid i det ifrågasatta beslutet till att konstatera att företaget hade gynnats och krävde, med orätt, att det alltid skall lämnas en rimlig kompensation för det kapital som de offentliga myndigheterna tillskjuter av företagsekonomiska skäl.
- 175 Delstaten anser härvidlag att kommissionens uppfattning, att en rimlig ersättning skall utges, är främmande för själva grundidén bakom sådana företagsekonomiska kapitaltillskott. Ett sådant tillskott skapar inte några ömsesidiga förpliktelser och ger inte upphov till krav på att en fast "ersättning" skall fastställas. Investeraren räknar endast med att företaget skall uppnå vinster på detta kapital som kommer investeraren till godo. Fram till dess utgör företagets värdeökning en väsentlig del av investerarens avkastning på det tillskjutna kapitalet. Att kapitalet utsätts för risker och att ersättningen inte kan garanteras är exakt vad som kännetecknar kapitaltillskott av företagsekonomiska skäl.
- 176 Kommissionen har genmält att statliga medel förblir statliga även om de används inom den "företagsverksamhet" som staten bedriver. När tillskott av statliga medel inte anses utgöra stöd är det inte på grund av att de tillskjutits inom ramen för statens företagsverksamhet, utan endast därför att staten tillser att den får rimlig ersättning för tillskottet. Det skall således undersökas huruvida staten, då finansiella medel ställs till förfogande, agerar såsom en privat företagare skulle agera i en motsvarande situation.
- 177 Den metod som kommissionen tillämpade för att fastställa förekomsten av statligt stöd medför inte att det bortses från principen om en privat investerare i

en marknadsekonomi även om det gynnade företagets och dess konkurrenters synvinkel likaså beaktas. I motsats till vad delstaten och Förbundsrepubliken Tyskland har gjort gällande strider detta tillvägagångssätt dessutom varken mot kommissionens egen beslutspraxis eller mot rättspraxis (förstainstansrättens dom av den 14 december 2000 i mål T-613/97, Ufex m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-4055, punkt 69).

2. Förstainstansrättens bedömning

- 178 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att det följer av artikel 87.1 EG att stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, är oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.
- 179 För att förmåner skall anses vara stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG krävs för det första att de tilldelas direkt eller indirekt med statliga medel och för det andra att de kan tillskrivas staten (domstolens dom av den 16 maj 2002 i mål C-482/99, Frankrike mot kommissionen, REG 2002, s. I-4397, punkt 24, samt däri angiven rättspraxis).
- 180 Det görs emellertid i denna artikel inte åtskillnad mellan de statliga ingripandena beroende på deras orsaker och mål, utan de bedöms i stället mot bakgrund av resultatet (se domstolens dom av den 26 september 1996 i mål C-241/94, Frankrike mot kommissionen, REG 1996, s. I-4551, punkterna 19 och 20). Begreppet stöd är således ett objektiva begrepp, som uteslutande sammanhänger med huruvida en statlig åtgärd gynnar ett eller flera företag (förstainstansrättens dom av den 27 januari 1998 i mål T-67/94, Ladbroke Racing mot kommissionen, REG 1998, s. II-1, punkt 52, och av den 10 maj 2000 i mål T-46/97, SIC mot kommissionen, REG 2000, s. II-2125, punkt 83).

- 181 Delstaten har emellertid i huvudsak hävdad att statliga medel som används på det ekonomiskt mest förnuftiga sättet inte längre är statliga medel. Såsom kommissionen har påpekat upphör emellertid inte dessa medel att vara statliga endast på grund av att de används på ett sätt som motsvarar det på vilket en privat investerare skulle ha använt dem. Frågan huruvida staten har agerat som en företagare omfattas nämligen av bedömningen av huruvida det föreligger statligt stöd och inte av bedömningen av huruvida ifrågavarande medel är statliga eller ej.
- 182 Det är ostridigt att WfA är en offentlighetsrättslig institution som förfogar över offentliga medel och vars enda ägare är delstaten. WfA:s kapital införlivades med WestLB:s kapital genom en lag som utfärdats av delstatsparlamentet. Den omtvistade transaktionen innebär under dessa förhållanden ett tillhandahållande av statliga medel.
- 183 Talan kan således inte vinna bifall på denna del av den fjärde grunden.

B — Den andra delgrunden: Huruvida kommissionen rättsstridigt har utvidgat begreppet statligt stöd

- 184 Sökandena har anfört att kommissionen på ett rättsstridigt sätt utvidgat begreppet statligt stöd, för det första i strid med artikel 295 EG, för det andra därför att kommissionen tillämpade principen om en privat investerare i en marknadsekonomi på ett lönsamt företag och för det tredje därför att kommissionen tolkade denna princip så, att det krävs åtminstone en inom den berörda sektorn genomsnittlig avkastning på det kapital som den offentliga investeraren tillskjutit.

1. Åsidosättande av artikel 295 EG

a) Parternas argument

- 185 Sökandena har anfört att artikel 295 EG medför en begränsning i behörigheten till förmån för medlemsstaterna. Gemenskapens konkurrensrätt och medlemsstaternas rätt att självständigt fastställa sin egendomsordning skall bringas i samklang. Även om den frihet medlemsstaterna genom artikel 295 EG åtnjuter inte får möjliggöra att de undandrar sig andra skyldigheter enligt EG-fördraget, får EG-fördragets bestämmelser inte tolkas så vidsträckt att det skyddade utrymme som följer av artikel 295 EG inskränks i så hög grad att medlemsstaterna nästan inte längre har någon frihet vid förvaltningen av sina offentliga företag eller någon möjlighet att inneha ägarandelar i sådana företag. Denna bestämmelse innebär således en underförstådd begränsning av begreppet statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG.
- 186 Delstaten har betonat att det är omöjligt att tydligt särskilja offentliga företags offentliga och privata verksamhetsområden. Staten kan, likaså med stöd av artikel 295 EG, i dess egenskap av investerare eller företagare, även låta sig ledas av andra överväganden än rent vinstinriktade, särskilt strategiska eller långsiktiga överväganden, såsom förstärkning eller utvidgning av ett befintligt innehav eller möjligheten till samverkansvinster.
- 187 Kommissionen anser att förhållandet mellan artikel 295 EG och den gemenskapsrättsliga ordningen för statligt stöd styrs av artikel 86 EG. Allmänt gäller att de statliga åtgärder som åtnjuter skydd genom artikel 295 EG inte kan undandras tillämpningen av artikel 87 EG, om de villkor som föreskrivs i artikel 86.2 EG inte är uppfyllda. Om dessa villkor inte är uppfyllda medför inte tillämpningen av

bestämmelserna om statligt stöd något intrång i det väsentliga innehållet i artikel 295 EG, eftersom dessa bestämmelser inte hindrar staten från att fortsätta att leda offentliga företag eller att inneha andelar i sådana företag.

188 Att det offentliga företaget även fullgör offentliga uppgifter är enligt kommissionens uppfattning inte någon speciell omständighet som skall beaktas vid beräkningen av en rimlig ersättning för investeringen, eftersom fullgörandet av sådana uppgifter åtnjuter tillräckligt och fullständigt skydd genom artikel 86.2 EG.

189 De affärsmässiga överväganden som ligger till grund för ett finansiellt ingripande från statens sida, såsom strategiska och långsiktiga överväganden, åtnjuter inte något särskilt skydd genom artikel 295 EG utan är endast omständigheter som skall beaktas vid bedömningen av huruvida kapitaltillskottet har genomförts under normala marknadsvillkor.

b) Förstainstansrättens bedömning

190 Artikel 295 EG har följande lydelse:

”Detta fördrag skall inte i något hänseende ingripa i medlemsstaternas egendomsordning.”

191 I artikel 86 EG föreskrivs följande:

”1. Medlemsstaterna skall beträffande offentliga företag och företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter inte vidta och inte heller bibehålla någon åtgärd som strider mot reglerna i detta fördrag, i synnerhet reglerna i artiklarna 12 samt 81—89.

2. Företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol skall vara underkastade reglerna i detta fördrag, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot gemenskapens intresse.

...”

192 Det följer av domstolens rättspraxis att även om egendomsordningen enligt artikel 295 EG fortfarande faller inom medlemsstaternas behörighet undantas inte medlemsstaternas egendomsordningar genom nämnda artikel från fördragets grundläggande bestämmelser (se domstolens dom av den 6 november 1984 i mål 182/83, Fearon, REG 1984, s. 3677, punkt 7, svensk specialutgåva, volym 7, s. 679, av den 1 juni 1999 i mål C-302/97, Konle, REG 1999, s. I-3099, punkt 38, och av den 4 juni 2002 i mål C-367/98, kommissionen mot Portugal, REG 2002, s. I-4756, punkt 48).

193 Följaktligen, och i överensstämmelse med artikel 86.1 EG, är konkurrensreglerna i fördraget, vilka är grundläggande regler, tillämpliga utan åtskillnad på offentliga och privata företag (förstainstansrättens dom av den 13 juni 2000 i de förenade målen T-204/97 och T-270/97, EPAC mot kommissionen, REG 2000, s. II-2267, punkt 122).

- 194 Det kan följaktligen inte anses att räckvidden av begreppet statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG inskränks genom artikel 295 EG.
- 195 I motsats till vad sökandena har gjort gällande medför inte heller tillämpningen av konkurrensreglerna på företag, oavsett vilken egendomsordning som gäller för dem, att det skyddade utrymme som följer av artikel 295 EG inskränks eller att medlemsstaterna praktiskt taget inte längre har någon frihet i fråga om förvaltningen av sina offentliga företag, i fråga om att inneha ägarandelar i sådana företag eller i fråga om att göra andra överväganden än sådana som är rent vinstinriktade.
- 196 Om de intressen som görs gällande med dessa argument kan anses stå i strid med konkurrensreglerna beaktas de nämligen genom artikel 86.2 EG, eftersom det i denna artikel föreskrivs att konkurrensreglerna inte skall tillämpas på företag som anförtratts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol, om tillämpningen av dessa regler rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som dessa företag tilldelats fullgörs.
- 197 Sökandena i förevarande mål har inte gjort gällande att de villkor som ställs i artikel 86.2 EG för att bevilja undantag från tillämpningen av konkurrensreglerna vad gäller WestLB är uppfyllda.
- 198 Det skall slutligen påpekas att delstatens argument att staten i egenskap av investerare eller företagare kan låta sig ledas av andra överväganden än kortsiktiga lönsamhetskriterier inte skall bedömas mot bakgrund av artikel 295 EG utan inom ramen för bedömningen av delstatens agerande med utgångspunkt i en privat investerares agerande i en marknadsekonomi.

199 Av det ovan anförda följer att det saknas grund för argumentet avseende ett åsidosättande av artikel 295 EG.

2. Tillämpning av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi på ett lönsamt företag

a) Parternas argument

200 Sökandena har kritiserat kommissionen för att den tillämpade principen om en privat investerare i en marknadsekonomi på ett lönsamt företag. De har betonat att WestLB under åratals har varit vinstgivande och att banken väntade sig att gå med vinst även i framtiden. WestLB har anført att nämnda princip, såsom den tillämpas i fråga om statliga åtgärder som är avsedda att sanera företag, inte oförändrad kan tillämpas på åtgärder som gynnar lönsamma företag. Den långsiktiga lönsamheten är inte relevant om ett företag redan har visat att det är ekonomiskt livskraftigt genom att regelbundet ge vinstutdelning. Dessutom innebär det en större risk att investera i ett icke livskraftigt företag än i ett sunt företag, och en privat investerare i en marknadsekonomi skulle således förvänta sig olika hög avkastning beroende på i vilken av dessa situationer han befinner sig.

201 Enligt sökandena har principen om en privat investerare i en marknadsekonomi tillämpats av kommissionen och godkänts av domstolen endast i fråga om företag under omstrukturering. Delstaten har bestridit relevansen av den rättspraxis som BdB har åberopat i detta hänseende och har anført att det ankommer på kommissionen att, då denna bedömer ett visst handlande, visa att inte någon privat investerare i en marknadsekonomi skulle ha handlat på detta sätt. I annat fall skulle bevisbördan omkastas. Delstaten har till stöd för detta argument

åberopat punkterna 2 och 16 i kommissionens meddelande av år 1993 och punkt 20 i domstolens dom av den 21 mars 1991 i mål C-305/89, Italien mot kommissionen, kallat målet Alfa Romeo (REG 1991, s. I-1603). Enligt delstaten utgör artikel 295 EG hinder för en positiv kontroll av de offentliga myndigheterna, vilken skulle innebära att dessa var skyldiga att styrka att varje privat investerare i en marknadsekonomi också skulle ha handlat på detta sätt.

- 202 Kommissionen har tillbakavisat sökandenas argument och har hävdat att det avgörande är huruvida statens tillskott av kapital till ett offentligt företag skall anses utgöra en "normal" affärstransaktion eller huruvida staten går utöver sin roll som företagare. Om staten tillskjuter kapital till ett offentligt företag på andra villkor än marknadsvillkoren handlar staten inte i sin egenskap av företagare utan gynnar detta offentliga företag och ger det en fördel i förhållande till dess konkurrenter som endast kan skaffa sig nytt kapital på gällande marknadsvillkor. Denna fördel skall beaktas inom rättsområdet för statligt stöd, oberoende av om det offentliga företaget går med vinst eller ej.
- 203 Om denna princip inte tillämpas på företag som går med vinst skulle det, enligt kommissionens uppfattning, medföra att staten utan någon som helst kontroll kunde tillföra sina icke förlustbringande företag obegränsade finansiella resurser utan rimlig kompensation och på så sätt framkalla snedvridningar av konkurrensen i strid med artikel 87.1 EG.
- 204 Kommissionen har under alla omständigheter medgivit att beviskraven är strängare då kommissionen tillämpar denna princip på vinstgivande företag än då den tillämpas på förlustbringande företag eller företag som är i behov av omstrukturering.
- 205 Kommissionen har medgivit att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi i kommissionens tidigare praxis och i domstolens rättspraxis

i synnerhet har tillämpats i fall då staten har tillskjutit kapital till förlustbringande företag eller företag som är i behov av omstrukturering. Enligt kommissionen utesluter emellertid inte denna omständighet att nämnda princip tillämpas på vinstgivande företag, vilket både kommissionen och domstolen har slagit fast.

b) Förstainstansrättens bedömning

- 206 Såsom det har angivits ovan i punkt 178 är syftet med artikel 87.1 EG att förhindra att handeln mellan medlemsstaterna påverkas av att offentliga myndigheter beviljar fördelar som i olika former snedvrider eller hotar att snedvrider konkurrensen genom att vissa företag eller viss produktion gynnas.
- 207 För att det skall vara möjligt att bedöma om en statlig åtgärd utgör stöd, måste det således avgöras om det mottagande företaget får ekonomiska fördelar som det inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor (domstolens dom av den 11 juli 1996 i mål C-39/94, SFEI m.fl., REG 1996, s. I-3547, punkt 60, av den 29 april 1999 i mål C-342/96, Spanien mot kommissionen, REG 1999, s. I-2459, punkt 41, av den 29 juni 1999 i mål C-256/97, DM Transport, REG 1999, s. I-3913, punkt 22, samt förstainstansrättens dom av den 10 maj 2000 i mål T-46/97, SIC mot kommissionen, REG 2000, s. II-2125, punkt 78).
- 208 Frågan huruvida det stödmottagande företaget är lönsamt eller ej är emellertid i princip inte i sig av avgörande betydelse vid bedömningen av huruvida en sådan fördel föreligger. Däremot skall denna fråga beaktas vid bedömningen av huruvida den offentliga investeraren har agerat som en privat investerare i en marknadsekonomi eller huruvida det mottagande företaget har beviljats ekonomiska fördelar som det inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor.

- 209 Sökandenas påstående att det i kommissionens praxis och i domstolens rättspraxis endast finns exempel på tillämpning av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi i fråga om företag under omstrukturering är dessutom inte korrekt och kan inte leda till att det ifrågasatta beslutets lagenlighet betvivlas.
- 210 Det skall i fråga om domstolens rättspraxis erinras om att det i denna, förutom att tillämpningen av denna princip där aldrig uttryckligen har begränsats till att gälla förlustbringande företag, i frågor avseende statligt stöd ofta har använts formuleringar som inte utesluter utan tvärtom förutsätter att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi tillämpas på lönsamma företag (se, förutom den rättspraxis som omnämnts ovan i punkt 207, även domstolens dom av den 15 mars 1994 i mål C-387/92, Banco Exterior de España, REG 1994, s. I-877, punkt 13, och domen i det ovannämnda målet SFEI m.fl., punkterna 58—62).
- 211 I fråga om kommissionens praxis kan det påpekas att kommissionen i punkt 22 i sitt meddelande av år 1993 uttalade att de gemenskapsrättsliga reglerna avseende stöd skall tillämpas ”på offentliga företag, oavsett deras situation, och inte endast på förlustbringande offentliga företag, vilket för närvarande är fallet”. Det argument som sökandena har anfört med hänvisning till punkterna 2 och 16 i nämnda meddelande kan inte utesluta en tillämpning på lönsamma företag av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi.
- 212 Såsom BdB har påpekat undersökte kommissionen i det ovannämnda beslutet 98/365 avseende SFMI-Chronopost dessutom huruvida de aktuella transaktionerna överensstämde med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi trots att de företag som varit föremål för åtgärderna uppnått redovisade vinster.

- 213 Det skall slutligen betonas att även om tillämpningen på lönsamma företag av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi hade inneburit en förändring i förhållande till kommissionens tidigare praxis och till gemenskapsdomstolarnas rättspraxis, skulle inte den rättsliga grunden för denna tillämpning kunna ifrågasättas. En sådan tillämpning strider nämligen inte mot någon gemenskapsrättslig regel utan står, såsom det har klargjorts ovan, helt i överensstämmelse med fördragets regler inom detta område.
- 214 Sökandenas argument att det ifrågasatta beslutet är rättsstridigt på grund av att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi har tillämpats på ett lönsamt företag skall följaktligen underkännas.

3. Kravet på en inom den berörda sektorn genomsnittlig avkastning på det kapital som den offentliga investeraren tillskjutit

a) Parternas argument

- 215 Sökandena har anfört att kommissionens krav i det ifrågasatta beslutet på en minimiavkastning motsvarande den inom den berörda sektorn genomsnittliga avkastningen på det kapital som den offentliga investeraren tillskjutit är, för det första, oförenligt med artikel 87.1 EG, i synnerhet eftersom den effekt som statens ställning som ägare har inte beaktas genom detta krav. Kravet på en genomsnittlig avkastning strider, för det andra, både mot kommissionens meddelande av år 1993, kommissionens tidigare praxis och domstolens rättspraxis och, för det tredje, mot artikel 295 EG.

i) Frågan huruvida kravet på en genomsnittlig avkastning strider mot artikel 87.1 EG

- 216 Sökandena har kritiserat kommissionen för att denna uteslutande utgick från en genomsnittlig avkastning då den fastställde en rimlig avkastning på det tillskjutna kapitalet. Kommissionen ansåg därigenom att en privat investerare i en marknadsekonomi uteslutande söker uppnå en maximal avkastning och beaktade inte att det finns privata investerare som strävar efter att uppnå andra målsättningar sammanhängande med företagsstrategiska överväganden eller med överväganden av social, kulturell eller dylik natur. Sökandena har dessutom gjort gällande att tillämpningen av en genomsnittlig avkastning på ett rättsstridigt sätt hindrar att hänsyn tas till särskilda omständigheter i ärendet avseende investeraren, företaget och den omtvistade transaktionen samt att transaktionen jämförs med förhållningssättet hos andra företag i en liknande situation. Enligt delstaten missbrukade kommissionen det utrymme för skönsmässig bedömning som den förfogar över i komplicerade ekonomiska ärenden genom att tillämpa den genomsnittliga avkastningen som jämförelsekriterium utan att ta hänsyn till huruvida företagen är jämförbara. Delstaten har hävdat att det är mycket svårt att fastställa en genomsnittlig avkastning inom banksektorn på grund av skillnaderna mellan bankerna.
- 217 WestLB anser att kommissionen har utmålat en felaktig bild av den privata investeraren. Även en investerare som följer en lönsamhetsprincip tillämpar en riskspridningsstrategi och fördelar sitt kapital på marknaden. Denne gör även investeringar som ger medelmåttig eller lägre avkastning och som därför innebär relativt låg risk. Staten får således en rimlig ersättning för sin investering om den, inom de intervall som kan iakttas på marknaden, får en avkastning som motsvarar risken.
- 218 Delstaten har betonat att många företag uppnår lägre vinster än sina konkurrenter utan att detta för den skull medför att de försvinner från marknaden utan endast att ersättningen för tillfört kapital blir lägre, vilket faller inom ramen för investerarens bedömning.

- 219 Enligt sökandena kan inte kommissionen påstå sig ha använt kriteriet avseende en genomsnittlig avkastning endast som "utgångsvärde". Kommissionen kan inte heller fastställa förekomsten av statligt stöd utan att visa att inte en enda privat investerare i en motsvarande situation skulle ha genomfört investeringen på de villkor som gällde för den omtvistade transaktionen. Detta innebär att kommissionen borde visa att den avkastning som delstaten förväntade sig är avsevärt lägre än det avkastningsintervall inom vilket en privat investerare i en motsvarande situation skulle ha tillhandahållit kapitalet. Enligt delstaten kan endast den nedre gränsen för detta intervall, och inte ett genomsnitt av värdena inom detta, möjligen anses som ett minimivärde.
- 220 WestLB har vidare hävdad att kravet på en genomsnittlig avkastning ger upphov till en monopolsituation på marknaden i strid med de gemenskapsrättsliga konkurrensreglernas syfte. Om kapital endast investerades i företag som gav åtminstone en genomsnittlig avkastning, skulle varje kapitaltillskott till sådana företag medföra ytterligare en ökning av den genomsnittliga avkastningen inom den berörda sektorn. I och med att den genomsnittliga avkastningen ökade skulle detta emellertid leda till en minskning av antalet företag som fortfarande kunde ge en sådan avkastning och som således fortfarande kunde uppbringa kapital. En sådan fortlöpande ökning av den genomsnittliga lönsamheten skulle slutligen medföra att endast ett företag kvarstod.
- 221 Delstaten har under alla omständigheter hävdad att den inte vid något kapitaltillskott helt eller delvis har avstått från en rimlig ersättning. Delstaten har tvärtom påpekat att den är WestLB:s största delägare, att den har mottagit vinstutdelning, att WestLB:s vinst har ökat på grund av WfA-kapitalet och att delstaten slutligen har erhållit det överenskomna förskottet på kommande vinster på 0,6 procent. Investeringen har praktiskt taget inte heller förorsakat några kostnader för delstaten och denna har uppnått fördelar som den annars inte skulle ha fått. Varje privat investerare i en jämförbar situation skulle ha handlat likadant.
- 222 WestLB och Förbundsrepubliken Tyskland har även kritiserat kommissionen för att denna i det ifrågasatta beslutet inte beaktade ägareffekten, vilken gör sig

gällande då en investerare, som redan innehar andelar i ett företag som han önskar investera i, genom ett nytt kapitaltillskott ökar värdet av det tidigare innehavet. Denna ägareffekt medför ofta att en investerare som redan har placerat kapital i ett företag tillför detta ytterligare kapital även om företagets lönsamhet vid tidpunkten för investeringen ligger under genomsnittet.

223 Delstaten har vidare anfört att en investerare som är majoritetsägare i ett företag skall antas grunda placeringen på ett långsiktigt intresse och inte endast på en strävan efter kortsiktiga vinster.

224 Ägareffekten kan även möjliggöra en åtskillnad mellan stöd och sådana tillskott som inte utgör stöd. När ett tillskott av kapital, från en potentiell köparens synpunkt, sålunda ökar ett företags värde med åtminstone värdet av detta tillskott skulle en privat investerare i en marknadsekonomi också ha gjort detta tillskott, åtminstone om han ägde företaget. Men om företagets värde efter tillskottet ökade med ett mindre belopp än värdet av tillskottet skulle det röra sig om stöd. Enligt Förbundsrepubliken Tyskland saknar det betydelse för denna beräkning att delstaten inte är ensam ägare till WestLB. Förbundsrepubliken Tyskland har dessutom kritiserat kommissionen för att ha underlåtit att utföra denna beräkning.

225 Sökandena har som svar på de synpunkter som BdB har lämnat i denna fråga betonat att ägareffekten inte endast gäller vissa ägare utan alla tillskott av kapital i företag i vilka investeraren redan innehar andelar.

226 WestLB har slutligen gjort gällande att det i en dynamisk ekonomi ständigt uppkommer nya lönsamma investeringsmöjligheter som ger högre avkastning än

den avkastning på kapitalmarknaden som står i proportion till risken. Till dem som kan erhålla en högre avkastning i samband med dessa nya investeringsmöjligheter hör ägaren till en bank, som på grund av de nya strängare reglerna om eget kapital står inför valet att tillföra nytt eget kapital utifrån eller att inte kunna bevilja sina kunder lika stora krediter som tidigare.

227 Kommissionen har tillbakavisat sökandenas argumentation och har gjort gällande att den genomsnittliga avkastningen inte utgör slutpunkten i bedömningen av huruvida det föreligger stöd utan tjänar som utgångsvärde för den konkreta utvärderingen av investeringens särdrag i syfte att fastställa en "rimlig ersättning". Denna konkreta utvärdering har enligt kommissionen företagits i förevarande fall och den omtvistade transaktionens särdrag har beaktats. Detta framgår till exempel av det avdrag som kommissionen gjorde för att ta hänsyn till nackdelarna med kapitalets bristande likviditet (skälen 202—205 i det ifrågasatta beslutet) eller av den höjning som gjordes för att beakta andra särdrag avseende, till exempel, storleken på WfA-kapitalet i förhållande till den del av WestLB:s eget kapital som tjänade som garanti (skälen 220 och 221).

228 Kommissionen har vidare anfört att den inte var skyldig att beakta ägareffekten, åtminstone inte såsom denna har definierats av WestLB och Förbundsrepubliken Tyskland. Genom en sådan definition bortses från möjligheterna till placeringar utanför företaget, vilka varje investerare skulle undersöka med hänsyn till det absoluta och relativa värdet av den investering som utförts i den omtvistade transaktionen. Enligt kommissionen är det inte heller tillräckligt att de offentliga myndigheterna innehar andelar i ett visst företag för att varje nytt kapitaltillskott automatiskt skall anses överensstämma med de marknadsekonomiska principerna. En privat investerare i en marknadsekonomi vill under alla omständigheter veta om hans totala investering, bestående av tidigare investerade medel och de nya kapitaltillskotten, kommer att generera en rimlig avkastning.

ii) Motsägelsen mellan det ifrågasatta beslutet och kommissionens meddelande av år 1993, kommissionens tidigare praxis och rättspraxis

- 229 Sökandena och Förbundsrepubliken Tyskland har för det första gjort gällande att kravet på en genomsnittlig avkastning står i strid med det utrymme för skönsmässig bedömning som en offentlig investerare har tillerkänts i punkterna 27—29 i meddelandet av år 1993. Förbundsrepubliken Tyskland har, i fråga om kommissionens argument att detta utrymme för skönsmässig bedömning i synnerhet är vid handen när den framtida avkastningen är rörlig, till exempel när ersättning för kapitaltillskott ges i form av utdelning eller värdeökningar, genmält att detta betraktelsesätt inte motsvarar det utrymme för skönsmässig bedömning som tillkommer en privat investerare i en marknads-ekonomi, vilken på denna marknad även när det gäller fasta ersättningar finner ett brett spektrum av avkastningsnivåer.
- 230 WestLB har för det andra hänvisat till ett flertal beslut av kommissionen som stöd för påståendet att kommissionen då den fastställer avsaknaden av stöd i de flesta fall stödjer sig på det faktum att företaget som mottar kapitaltillskottet på lång sikt är lönsamt (se bland annat kommissionens beslut 96/278/EG av den 31 januari 1996 angående rekapitalisering av flygbolaget Iberia (EGT L 104, s. 25), och kommissionens beslut rörande företaget Duferco Clabecq, infört i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* av den 22 januari 1998 (EGT C 20, s. 3)).
- 231 WestLB har för det tredje hävdats att kravet på en genomsnittlig avkastning som minimiavkastning inte är förenligt med domstolens rättspraxis, enligt vilken statliga åtgärder som leder till att företagets långsiktiga lönsamhet säkerställs inte utgör stöd. WestLB har särskilt åberopat den rättspraxis i vilken domstolen har slagit fast att andra målsättningar än lönsamhet kan ligga till grund för en privat investering, till exempel en övergripande eller sektoriell strukturpolitik som syftar till att uppnå en långsiktig lönsamhet (domen i det ovannämnda målet Alfa Romeo, punkt 20), eller omsorgen om företagets goda namn eller en omläggning av verksamheten (domstolens dom av den 21 mars 1991 i mål C-303/88, Italien mot kommissionen, REG 1991, s. I-1433, punkt 21; svensk specialutgåva, volym 11, s. I-115), eller överväganden som sammanhänger med företagets lokalisering,

i likhet med dem som generaladvokaten van Gerven hänvisade till i punkt 14 i sitt förslag till avgörande i det sistnämnda målet (REG 1991, s. I-1451), där han konstaterade att ett stort privat holdingbolag inte helt kan bortse från sysselsättningen och den ekonomiska utvecklingen i det område där bolaget har sin verksamhet. WestLB har således gjort gällande att även överväganden avseende bankens lokalisering ligger till grund för den omtvistade transaktionen och att en stark delstatsbank från delstatens synpunkt är av stor betydelse för delstatens ekonomi och för de offentliga företagens goda anseende.

232 Delstaten har anfört att det, enligt domstolens rättspraxis, skall bedömas huruvida en investerare av motsvarande storlek under liknande omständigheter skulle ha tillskjutit kapital på de aktuella villkoren (dom av den 10 juli 1986 i det ovannämnda målet Belgien mot kommissionen, mål 40/85, punkt 13). Domstolen har nyligen med ett liknande resonemang uppgivit att det offentliga organets handlande på ett uppenbart sätt skall skilja sig från en privat investerares handlande i en motsvarande situation för att anses utgöra statligt stöd (domen i det ovannämnda målet DM Transport).

233 Kommissionen har med stöd av BdB bestridit att det föreligger en motsägelse mellan det ifrågasatta beslutet och kommissionens meddelande av år 1993, eftersom medlemsstaternas utrymme för skönsmässig bedömning i fråga om tillskott av eget kapital är oförminskat. Detta utrymme för skönsmässig bedömning kan dessutom enligt kommissionen inte omfatta beslut som uppenbarligen inte har fattats i enlighet med normala marknadsvillkor, vilket är fallet beträffande den omtvistade transaktionen. Medlemsstaterna kan göra gällande detta utrymme för skönsmässig bedömning främst då den framtida avkastningen beror på företagets verkliga ekonomiska resultat, till exempel då ersättningen för tillskottet av eget kapital består av vinstutdelning och värdeökning.

iii) Åsidosättande av artikel 295 EG genom kravet på en genomsnittlig avkastning

234 Sökandena har för det första gjort gällande att kravet på en minimiavkastning motsvarande en genomsnittlig avkastning innebär att offentliga företag dis-

krimineras i förhållande till privata företag och att offentliga myndigheter, i deras egenskap av investerare, diskrimineras i förhållande till privata investerare.

235 I motsats till domstolens rättspraxis, i vilken det uttryckligen har medgivits att offentliga och privata företag kan ha helt olika syften med sin verksamhet (domstolens dom av den 6 juli 1982 i de förenade målen 188/80—190/80, Frankrike m.fl. mot kommissionen, REG 1982, s. 2545, punkt 21, svensk specialutgåva, volym 7, s. 457, rörande kommissionens direktiv 80/723/EEG av den 25 juni 1980 om insyn i de finansiella förbindelserna mellan medlemsstater och offentliga företag (EGT L 195, s. 35; svensk specialutgåva, område 8, volym 1, s. 54)), låter sig kommissionen uteslutande ledas av en lönsamhetsprincip som den vill tillämpa utan åtskillnad på såväl offentliga som privata företag. Genom tillämpningen av ett kriterium avseende den genomsnittliga avkastningen, vilken bestäms av hela den berörda sektorn, hindras dessutom offentliga företag från att eftersträva andra mål, såsom att utföra uppgifter av rent allmänt intresse vilka enligt artikel 86.2 inte omfattas av kontrollen av statligt stöd.

236 WestLB har vidare gjort gällande att kommissionens tillvägagångssätt avsevärt inskränker de offentliga myndigheternas frihet att investera i förhållande till privata investerare. Medan privata investerare utan begränsning har rätt att investera i företag vars lönsamhetsnivå ligger under genomsnittet, får de offentliga myndigheterna endast investera i företag som ger åtminstone en genomsnittlig avkastning. Kommissionens tillvägagångssätt skulle således innebära att privata investerare kan grunda sina investeringar på mer varierande överväganden än de offentliga myndigheterna. Delstaten har betonat att de investeringsbeslut som både offentliga och privata investerare fattar inte endast motiveras av den förväntade avkastningen utan även av andra överväganden, såsom strategiska målsättningar, till exempel förbättring eller förstärkning av befintliga innehav.

237 WestLB har för det andra gjort gällande att kravet att offentliga företag skall ge en genomsnittlig avkastning leder till ett indirekt privatiseringstvång. Det skulle

vara omöjligt för offentliga företag vars lönsamhetsnivå ligger under genomsnittet att täcka ytterligare kapitalbehov, i motsats till privata företag på samma lönsamhetsnivå. Medlemsstaterna skulle således vara under press att privatisera dessa företag för att förhindra att de försvinner från marknaden.

- 238 Kommissionen har med stöd av BdB även bestridit sökandenas påstående att kravet på en genomsnittlig avkastning strider mot artikel 295 EG. Kommissionen har för det första tillbakavisat argumentet att användandet av en genomsnittlig avkastning som grund för beräkningen av en "rimlig ersättning" leder till diskriminering av offentliga företag och offentliga myndigheter i deras egenskap av investerare.
- 239 Kommissionen har inledningsvis bestridit att tillämpningen av ett kriterium avseende en genomsnittlig avkastning skulle hindra offentliga företag från att fullgöra offentliga uppgifter.
- 240 Beträffande offentliga myndigheter har kommissionen vidare anfört att statens rätt att fritt investera inte är inskränkt jämfört med privata investerare, utan att det endast är fråga om att ta ställning till investeringar som gjorts i en konkurrensutsatt del av ett offentligt företag mot bakgrund av gällande villkor på den aktuella marknaden.
- 241 Tillämpningen av kriteriet avseende en genomsnittlig avkastning medför enligt kommissionen inte någon diskriminering i fråga om offentliga och privata investerares jämförbara affärsmässiga intressen. En offentlig investerare strävar, liksom varje privat kapitalplacerare, efter att slutligen erhålla en rimlig ersättning, även om dennes investering påverkas av strategiska eller långsiktiga överväganden. En offentlig investerare skulle inte heller endast bedöma huruvida

företaget är lönsamt utan även om avkastningen motsvarar den vanliga marknadsmässiga avkastningen. Tillämpningen av dessa kriterier på en offentlig investerare skulle således inte innebära en diskriminering utan är endast ett uttryck för principen om en privat investerare i en marknadsekonomi.

- 242 Kommissionen har för det andra tillbakavisat argumentet att en korrekt tillämpning av kriteriet avseende en genomsnittlig avkastning leder till ett privatiseringstvång. Dels används den genomsnittliga avkastningen som referensvärde endast i fråga om ett offentligt företags konkurrensutsatta verksamheter, dels omfattas offentliga företags offentliga uppgifter av det särskilda skydd som följer av artikel 86.2 EG. Det föreligger inte något privatiseringstvång, utan en skyldighet att handla i överensstämmelse med marknaden för det konkurrensutsatta verksamhetsområdet.

b) Förstainstansrättens bedömning

- 243 Såsom det har angivits ovan i punkterna 206 och 207 är syftet med artikel 87.1 EG att förhindra att handeln mellan medlemsstaterna påverkas genom att offentliga myndigheter beviljar fördelar som i olika former snedvrider eller hotar att snedvrider konkurrensen genom att vissa företag eller viss produktion gynnas. För att det skall vara möjligt att bedöma om en statlig åtgärd utgör stöd, måste det således avgöras om det mottagande företaget får ekonomiska fördelar som det inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor.

- 244 Dessutom kan enligt fast rättspraxis offentliga myndigheters åtgärder avseende ett företags kapital, oavsett formen, utgöra statligt stöd när villkoren i artikel 87 EG är uppfyllda.

- 245 För att avgöra huruvida sådana åtgärder har karaktären av statligt stöd skall det bedömas huruvida, under liknande omständigheter, en privat investerare som är verksam under normala marknadsekonomiska villkor (nedan kallad den privata investeraren), som till sin storlek kan jämföras med de organ som förvaltar den offentliga sektorn skulle ha genomfört de aktuella kapitaltillskotten (domstolens dom av den 21 mars 1990 i mål C-142/87, Belgien mot kommissionen, REG 1990, s. I-959, punkt 29, svensk specialutgåva, volym 10, s. 369, och domen i det ovannämnda målet Alfa Romeo, punkterna 18 och 19). I synnerhet är det relevant att fråga sig om en privat investerare skulle ha utfört transaktionen i fråga på samma villkor och, om så inte är fallet, undersöka på vilka villkor han skulle ha kunnat utföra den (förstainstansrättens dom av den 30 april 1998 i mål T-16/96, Cityflyer Express mot kommissionen, REG 1998, s. II-757, punkt 51).
- 246 Slutligen skall jämförelsen mellan offentliga och privata investerares handlande göras med beaktande av det förhållningssätt som en privat investerare skulle ha intagit vid den aktuella transaktionen med hänsyn till tillgänglig information och den förutsebara utvecklingen vid denna tidpunkt (domen i det ovannämnda målet Cityflyer Express mot kommissionen, punkt 76).
- 247 Det skall inledningsvis betonas att denna grund avser frågan huruvida kommissionen allmänt har rätt att använda den genomsnittliga avkastningen inom den berörda sektorn som analytiskt instrument för att fastställa en privat investerares handlingsätt.
- 248 Frågan huruvida principen om en privat investerare i en marknadsekonomi har tillämpats på ett rättsstridigt sätt, i synnerhet i fråga om fastställelsen av storleken på den genomsnittliga avkastning som kommissionen konkret tillämpade, skall däremot prövas nedan inom ramen för den femte grunden.

249 Sökandena har för det första i huvudsak gjort gällande att användandet av kriteriet genomsnittlig avkastning strider mot artikel 87.1 EG. De har kritiserat kommissionen för att den uteslutande utgick från en genomsnittlig avkastning för att fastställa en rimlig ersättning för den omtvistade transaktionen och därigenom underlät att beakta ärendets alla särdrag. De har även kritiserat kommissionen för att den ansåg att en privat investerare endast strävar efter en maximal avkastning och för att den bortsåg från ägareffekten.

250 Det skall för det första påpekas att den genomsnittliga avkastningen endast är ett analytiskt instrument som används vid tillämpningen av artikel 87.1 EG.

251 Den genomsnittliga avkastningen kan således inte vara ett automatiskt kriterium för att fastställa förekomsten av och storleken på ett statligt stöd. Kommissionen befrias inte från skyldigheten att göra en fullständig analys av samtliga relevanta omständigheter i den omtvistade transaktionen och dess sammanhang. I denna analys ingår även en bedömning av det gynnade företags och den berörda marknadens situation för att fastställa huruvida företaget får en ekonomisk fördel som det inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor.

252 Användandet av kriteriet den genomsnittliga avkastningen som analytiskt instrument skall vidare stå i överensstämmelse med hela det gemenskapsrättsliga regelverket för statligt stöd. Kommissionen befrias till exempel inte från sin skyldighet att beakta den möjligheten att det aktuella stödet eventuellt uppfyller kraven för att anses tillåtet enligt undantaget i artikel 86.2 EG.

- 253 Användandet av kriteriet den genomsnittliga avkastningen påverkar inte heller den skyldighet som enligt artikel 253 EG åligger kommissionen att tillräckligt motivera sitt slutliga beslut avseende förekomsten av och storleken på det aktuella statliga stödet.
- 254 Under dessa omständigheter kan det vara motiverat att vid tillämpningen av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi använda den genomsnittliga avkastningen som ett bland flera analytiska instrument för att fastställa huruvida och i vilken utsträckning företaget får en ekonomisk fördel som det inte skulle ha erhållit under normala marknadsmässiga villkor.
- 255 En privat investerares agerande i en marknadsekonomi styrs nämligen av lönsamhetsperspektiv (förstainstansrättens dom av den 12 december 2000 i mål T-296/97, Alitalia mot kommissionen, REG 2000, s. II-3871, punkt 84). Till grund för att ta den genomsnittliga avkastningen som utgångspunkt ligger således den uppfattningen att en försiktig privat investerare, det vill säga en investerare som söker maximera sin vinst utan att ta alltför stora risker jämfört med andra aktörer på marknaden, vid beräkningen av en rimlig ersättning för sin investering i princip skulle kräva en minimiavkastning motsvarande den genomsnittliga avkastningen inom den berörda sektorn.
- 256 Det skall understrykas att kriteriet den genomsnittliga avkastningen i förevarande fall har använts vid tillämpningen av principen om en privat investerare på ett lönsamt företag. För att fastställa förekomsten av och storleken på stödet var kommissionen dessutom tvungen att använda ett referensvärde vid jämförelsen mellan den omtvistade transaktionen och en privat investerares agerande.
- 257 I fråga om argumenten att en privat investerare inte uteslutande strävar efter en maximal avkastning på sin investering och att kommissionen inte beaktade

ägareffekten, skall det erinras om att kommissionen inte genom att använda den genomsnittliga avkastningen som kriterium befrias från skyldigheten att analysera alla relevanta omständigheter rörande den omtvistade transaktionen och dess sammanhang. Denna fråga kommer att behandlas nedan inom ramen för bedömningen av tillämpningen av principen om en privat investerare.

- 258 Följaktligen strider det inte mot artikel 87.1 EG att kommissionen vid bedömningen av samtliga relevanta omständigheter i det aktuella fallet använde en minimiavkastning motsvarande den genomsnittliga avkastningen inom den berörda sektorn som analytiskt instrument.
- 259 Sökandena har för det andra gjort gällande att det föreligger en motsägelse mellan det ifrågasatta beslutet och kommissionens meddelande av år 1993, kommissionens tidigare praxis samt rättspraxis.
- 260 Kommissionen har i punkt 27 i nämnda meddelande medgivit att investerare har ett visst utrymme för skönsmässig bedömning vid analysen av vilka risker som är förbundna med investeringen men har angivit att de offentliga företagen vid denna bedömning ”i likhet med privata företag skall tillämpa lönsamhetskriterier”. I punkt 29 har kommissionen upprepat att ”varje affärsmässigt investeringsbeslut kräver att det finns ett avsevärt utrymme för skönsmässig bedömning”. Detta påstående ingår i en allmän analys av metoden för att fastställa förekomsten av statligt stöd, vilket således inte heller kan utgöra stöd för sökandenas argument.
- 261 Såsom kommissionen har påpekat föreligger det dessutom en skillnad mellan beräkningen av investeringens sannolika avkastning, vid vilken den offentliga

investeraren förfogar över ett visst utrymme för skönsmässig bedömning, och investerarens avvägning för att fastställa huruvida denna avkastning är tillräckligt hög för att den aktuella investeringen skall genomföras. Vid denna avvägning är utrymmet för skönsmässig bedömning mindre, eftersom den aktuella transaktionen kan jämföras med andra möjligheter att placera kapitalet.

262 Beträffande påståendet att det föreligger en motsägelse mellan kravet på en genomsnittlig avkastning och kommissionens praxis samt rättspraxis, grundat på det faktum att varken kommissionen eller domstolen tidigare ställt ett sådant krav för att fastställa huruvida det föreligger stöd eller ej, skall det konstateras att det under alla omständigheter inte har uteslutits i kommissionens praxis eller i rättspraxis att ett sådant krav ställs. Tvärtom anges i rättspraxis avseende begreppet statligt stöd ett materiellt kriterium som tyder på att det är möjligt att använda kriteriet en genomsnittlig avkastning vid tillämpningen av principen om en privat investerare (se den rättspraxis som omnämnts ovan i punkt 207 och, till exempel, domarna i de ovannämnda målen Banco Exterior de España, punkt 13, och SFEI m.fl., punkterna 58—62).

263 Även om användandet av kriteriet en genomsnittlig avkastning vid tillämpningen av denna princip skulle innebära en förändring i förhållande till kommissionens tidigare praxis och till gemenskapens rättspraxis skall inte den rättsliga grunden för denna användning för den skall ifrågasättas. Inom de gränser som det redogjorts för ovan (se punkterna 250—253 och 255) strider nämligen inte detta tillvägagångssätt mot någon gemenskapsrättslig regel utan står, såsom det har klargjorts, i överensstämmelse med de inom detta område tillämpliga bestämmelserna.

264 Följaktligen kan inte lagenligheten av att en genomsnittlig avkastning på de villkor som angivits ovan används vid tillämpningen av principen om en privat investerare ifrågasättas på grund av kommissionens meddelande av år 1993, kommissionens tidigare praxis samt rättspraxis.

265 Sökandena har för det tredje hävdad att kommissionens användning av en genomsnittlig avkastning strider mot artikel 295 EG, i synnerhet på grund av att offentliga företag till följd av detta tillvägagångssätt diskrimineras i förhållande till privata företag och att offentliga myndigheter i egenskap av investerare diskrimineras i förhållande till privata investerare.

266 Det skall betonas att konkurrensreglerna, såsom det har erinrats om ovan i punkt 193, utan åtskillnad är tillämpliga på offentliga och privata företag, och föreskrifterna i artikel 295 EG strider inte mot denna princip.

267 Enligt fast rättspraxis följer det dessutom av principen om likabehandling av privata och offentliga företag att kapital som staten direkt eller indirekt ställer till ett företags förfogande under omständigheter som motsvarar normala marknadsvillkor inte kan betecknas som statligt stöd (domen i det ovan i punkt 231 nämnda målet Italien mot kommissionen, punkt 20, och av den 16 maj 2002 i det ovannämnda målet C-482/99, Frankrike mot kommissionen, punkt 69).

268 Användandet av kriteriet en genomsnittlig avkastning som analytiskt instrument vid tillämpningen av principen om en privat investerare syftar i detta sammanhang just till att fastställa huruvida den omtvistade transaktionen har genomförts under omständigheter som motsvarar normala marknadsvillkor.

269 Förutsatt att tillämpningen av kriteriet avseende en genomsnittlig avkastning uppfyller de villkor som angivits ovan i punkterna 250—253 och 255, kan det inte anses att detta tillvägagångssätt strider mot principen om likabehandling av offentliga och privata företag eller av offentliga och privata investerare.

- 270 Eftersom kommissionen alltid skall ta ställning till samtliga relevanta omständigheter rörande den omtvistade transaktionen och dess sammanhang skall den nämligen även beakta frågan huruvida en försiktig privat investerare, som befinner sig i den offentliga investerarens situation, på grund av andra ekonomiska överväganden än strävan efter att maximera avkastningen, som rimlig ersättning skulle ha godtagit en lägre avkastning än den genomsnittliga avkastningen inom den berörda sektorn. Denna anmärkning är även giltig i fråga om påståendet att offentliga företag diskrimineras i förhållande till privata företag, eftersom även de särskilda omständigheter rörande den omtvistade transaktionen som är hänförliga till det gynnade företaget skall beaktas vid tillämpningen av principen om en privat investerare.
- 271 Kravet på att hänsyn skall tas till en försiktig privat investerares agerande vid bedömningen av den offentliga investerarens agerande, trots att detta krav inte gäller för någon privat investerare, kan inte heller anses innebära någon diskriminering av offentliga investerare.
- 272 Det är nämligen enligt likhetsprincipen otillåtet att behandla lika situationer olika, när detta missgynnar vissa aktörer i förhållande till andra utan att denna skillnad i behandlingen kan motiveras genom objektiva skillnader av en viss betydelse (förstainstansrättens dom av den 7 juli 1999 i mål T-106/96, *Wirtschaftsvereinigung Stahl* mot kommissionen, REG 1999, s. II-2155, punkt 103). En offentlig investerare befinner sig emellertid inte i samma situation som en privat investerare. Den sistnämnde kan endast förlita sig på sina egna resurser för att finansiera sina investeringar och ansvarar således med sin förmögenhet för sina val. En offentlig investerare har däremot tillgång till medel som härrör från utövandet av offentliga maktbefogenheter, i synnerhet medel som härrör från skatter. Eftersom dessa båda kategorier av investerare inte befinner sig i identiska situationer kan det inte utgöra diskriminering av en offentlig investerare om dennes agerande bedöms mot bakgrund av en försiktig privat investerares agerande.

- 273 I motsats till vad sökandena har gjort gällande hindrar slutligen inte användandet av kriteriet en genomsnittlig avkastning de offentliga företagen från att fullgöra uppgifter av allmänt intresse vilka omfattas av skyddet enligt artikel 86.2 EG, eftersom kommissionen alltid skall beakta möjligheten att det aktuella stödet uppfyller villkoren för att vara tillåtet enligt denna bestämmelse.
- 274 Följaktligen skall, på de villkor som angivits ovan, användandet av kriteriet en genomsnittlig avkastning vid tillämpningen av principen om en privat investerare inte heller anses strida mot artikel 295 EG.
- 275 Av detta följer att förstainstansrätten inte kan godta sökandenas anmärkning att användandet av kriteriet en genomsnittlig avkastning vid tillämpningen av principen om en privat investerare i det ifrågasatta beslutet är rättsstridigt.
- 276 Talan kan följaktligen inte bifallas på den andra delen av den fjärde grunden genom vilken sökandena har hävdats att kommissionen i det ifrågasatta beslutet på ett rättsstridigt sätt hade utvidgat begreppet statligt stöd.
- 277 Talan kan under dessa omständigheter inte bifallas på den grunden att artiklarna 87.1 EG och 295 EG har åsidosatts på grund av kommissionens felaktiga tolkning av begreppet statligt stöd i det ifrågasatta beslutet.

V — *Den femte och den sjätte grunden: Huruvida kommissionen gjort sig skyldig till åsidosättande av motiveringsskyldigheten och åsidosättande av artiklarna 87.1 EG och 295 EG vad gäller, för det första, bedömningen av förekomsten av statliga medel, för det andra, konstaterandet att den omtvistade transaktionen medför en snedvridning av konkurrensen och en påverkan på handeln mellan medlemsstaterna och, för det tredje, tillämpningen av principen om en privat investerare som verkar i en marknadsekonomi*

278 Det skall inledningsvis påpekas att räckvidden av motiveringsskyldigheten enligt fast rättspraxis är beroende av den ifrågavarande rättsaktens beskaffenhet och det sammanhang i vilket den har antagits. Av motiveringen skall klart och tydligt framgå hur institutionen har resonerat, dels så att gemenskapsdomstolarna ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt, dels så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden för att kunna göra gällande sina rättigheter och bedöma om beslutet är välgrundat (domarna i de ovannämnda målen Skibsværftsforeningen m.fl. mot kommissionen, punkt 230, och EPAC mot kommissionen, punkt 34).

279 Det krävs inte att alla relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 253 EG inte skall ske endast utifrån rättsaktens lydelse utan även utifrån sammanhanget och reglerna på det ifrågavarande området (förstainstansrättens dom i det ovannämnda målet Skibsværftsforeningen m.fl. mot kommissionen, punkt 230, och av den 15 juni 2000 i de förenade målen T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97—T-607/97, T-1/98, T-3/98—T-6/98 och T-23/98, Alzetta m.fl. mot kommissionen, REG 2000, s. II-2319, punkt 175).

280 Kommissionen är i synnerhet inte skyldig att ta ställning till samtliga argument som de som berörs har åberopat inför kommissionen utan det räcker att ange de omständigheter och rättsliga överväganden som är av väsentlig betydelse för

beslutet (förstainstansrättens dom av den 8 juni 1995 i mål T-459/93, Siemens mot kommissionen, REG 1995, s. II-1675, punkt 31, och i det ovannämnda målet EPAC mot kommissionen, punkt 35).

- 281 När det gäller till exempel frågan om hur en stödåtgärd skall betecknas, kräver motiveringsskyldigheten att kommissionen anger skälen till att den anser att den ifrågasatt åtgärden omfattas av tillämpningsområdet för artikel 87.1 EG. (dom i det ovannämnda målet EPAC mot kommissionen, punkt 36).
- 282 I fråga om den analys i sak som utförts i det ifrågasatta beslutet skall det erinras om att kommissionens prövning av frågan huruvida en investering uppfyller kriteriet avseende en privat investerare i en marknadsekonomi innefattar en komplicerad ekonomisk bedömning. Kommissionen har emellertid ett stort utrymme för skönsässig bedömning då den antar en rättsakt efter en så komplicerad ekonomisk bedömning, och domstolsprövningen av en sådan rättsakt skall, även om den skall vara "fullständig" vad avser frågan huruvida en åtgärd faller inom tillämpningsområdet för artikel 87.1 EG, endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och för motivering har följts, att de uppgifter om de faktiska omständigheterna som lagts till grund för det omtvistade valet är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk. I synnerhet ankommer det inte på förstainstansrätten att ersätta beslutsfattarens ekonomiska bedömning med sin egen (förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-126/96 och T-127/96, BFM och EFIM mot kommissionen, REG 1998, s. II-3437, punkt 81, och domen i det ovannämnda målet Alitalia mot kommissionen, punkt 105, och däri angiven rättspraxis).
- 283 Förstainstansrätten skall genom prövningen av förevarande grund fastställa om det ifrågasatta beslutet är bristfälligt motiverat eller om nämnda beslut strider mot artiklarna 87.1 EG och 295 EG. Vad gäller denna fråga skall förstainstansrätten i synnerhet avgöra huruvida kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning vid tillämpningen på den omtvistade transaktionen av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi.

*A — Den första delgrunden: Huruvida kommissionen har åsidosatt motiverings-
skyldigheten vad gäller bedömningen av förekomsten av statliga medel*

1. Parternas argument

284 Delstaten har anfört att kommissionen inte tillräckligt har motiverat varför den ansåg att statliga medel hade använts vid den omtvistade transaktionen.

285 Kommissionen har bestridit att den inte har motiverat varför den ansåg att statliga medel hade använts vid den omtvistade transaktionen. Kommissionen anser sig ha klargjort att WfA är ett offentligt företag som bedriver verksamhet med offentliga medel och att tillskott av sådana tillgångar i form av kapital till ett företag med nödvändighet innebär ett tillhandahållande av statliga medel.

2. Förstainstansrättens bedömning

286 Såsom det har framhållits ovan i punkt 182 och enligt kommissionens redogörelse i skälen 27—30 och 38 i det ifrågasatta beslutet, är det ostridigt att WfA är en offentligrättslig institution som arbetar med offentliga medel, att delstaten var WfA:s enda ägare och att WfA införlivades med WestLB genom en lag som utfärdats av delstatsparlamentet. Det är under dessa förhållanden uppenbart att den omtvistade transaktionen innebär ett tillhandahållande av statliga medel. I detta hänseende är det ifrågasatta beslutets motivering följaktligen tillräcklig.

B — *Den andra delgrunden: Huruvida kommissionen har åsidosatt motiverings-skyldigheten och artikel 87.1 EG vid bedömningen av huruvida den omtvistade transaktionen medför en snedvridning av konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna*

1. Parternas argument

287 WestLB har gjort gällande att kommissionen har åsidosatt motiverings-skyldigheten även vad gäller bedömningen av huruvida det har förekommit snedvridning av konkurrensen och begränsningar av handeln mellan medlemsstaterna. WestLB har därvid åberopat domstolens dom av den 13 mars 1985 i de förenade målen 296/82 och 318/82, Nederländerna och Leeuwarder Papierwarenfabriek mot kommissionen (REG 1985, s. 809, punkt 24; svensk specialutgåva, volym 8, s. 103). Enligt WestLB innehöll det ifrågasatta beslutet i detta hänseende endast allmänna konstateranden i fråga om avregleringen av finansmarknaderna och en hänvisning till WestLB:s verksamhet i utlandet.

288 För det fall tolkningen av begreppet statligt stöd i det ifrågasatta beslutet skulle vara riktig, har WestLB dessutom i andra hand gjort gällande att överföringen av WfA till WestLB varken snedvrider konkurrensen eller påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Även om den aktuella åtgärden utgör statligt stöd är kommissionen skyldig att visa att den snedvrider konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna, vilket kommissionen inte har gjort. Endast den omständigheten att WestLB inte enbart bedriver verksamhet i Nordrhein-Westfalen utan även i utlandet räcker inte för att anta att konkurrensen snedvrids. Det kan inte heller i sig genom hänvisningen till förarbetena till delstatslagen vad gäller WfA:s överföring till WestLB anses styrkt att handeln mellan medlemsstaterna begränsas. Handelsbegränsningar skall styrkas objektivt och lagstiftarens motivering är i detta sammanhang inte relevant.

289 Kommissionen anser att det ifrågasatta beslutet är tillräckligt motiverat i frågan huruvida det föreligger snedvridning av konkurrensen och påverkan på handeln mellan medlemsstaterna. Kommissionen erinrar om att den uppgav att det finns ett nära samband mellan ett kreditinstituts eget kapital och dess bankverksamhet samt att WestLB ”erbjuder banktjänster i konkurrens med andra europeiska banker”. BdB har vidare anfört att sökandena hade deltagit i förfarandet och således hade ingående kännedom om kommissionens ståndpunkt i den aktuella frågan (förstainstansrättens dom av den 29 september 2000 i mål T-55/99, CETM mot kommissionen, REG 2000, s. II-3207, punkt 76 och följande punkter samt punkt 100 och följande punkter).

290 Kommissionen anser dessutom att den omtvistade transaktionen kan medföra konkurrensbegränsningar, eftersom WestLB därigenom har fått fördelar varigenom banken har kunnat minska sina kostnader för att iaktta de strängare kapitaltäckningskraven. Banken har även förstärkt sin ställning i förhållande till sina konkurrenter, både i den inhemska handeln och i handeln inom gemenskapen, vilket är tillräckligt för att anta att konkurrensen har snedvridits och att handeln mellan medlemsstaterna har påverkats (förslag till avgörande av generaladvokaten Saggio inför domstolens dom av den 19 september 2000 i mål C-156/98, Tyskland mot kommissionen, REG 2000, s. I-6857, s. I-6864, punkt 24, och förslag till avgörande av generaladvokaten Cosmas inför domstolens dom av den 5 oktober 2000 i mål C-288/96, Tyskland mot kommissionen, REG 2000, s. I-8237, I-8241, punkt 106 och följande punkter). BdB har vidare anfört att WestLB erhåller driftsstöd, eftersom den ränta som banken betalar för WfA-kapitalet inte är marknadsmässig. Enligt domstolens rättspraxis skall emellertid driftsstöd antas i sig snedvrida konkurrensen och sökanden har inte kullkastat denna presumtion.

291 Vad gäller påverkan på handeln mellan medlemsstaterna har kommissionen hänvisat till förarbetena till delstatslagen avseende överföringen av WfA till WestLB enligt vilka den omtvistade transaktionen som då var under planering syftade till att förstärka ”[WestLB:s] nationella och internationella konkurrenskraft”.

2. Förstainstansrättens bedömning

- 292 Förutom den rättspraxis som omnämnts ovan i punkterna 278—281 skall det med avseende på motiveringen av den aktuella frågan erinras om att det, även om det i vissa fall kan framgå av de förhållanden under vilka stödet beviljades att det är av sådant slag att det kan påverka handeln mellan medlemsstaterna och snedvrیدا eller hota att snedvrیدا konkurrensen, åligger kommissionen att åtminstone redogöra för dessa omständigheter i motiveringen till sitt beslut (domstolens dom av den 7 juni 1988 i mål 57/86, Grekland mot kommissionen, REG 1988, s. 2855, punkt 15, av den 24 oktober 1996 i de förenade målen C-329/93, C-62/95 och C-63/95, Tyskland m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. I-5151, punkt 52, och förstainstansrättens dom av den 30 april 1998 i mål T-214/95, Vlaams Gewest mot kommissionen, REG 1998, s. II-717, punkt 64).
- 293 Kommissionen hänvisade emellertid i det ifrågasatta beslutet till den omständigheten att WestLB är en universell bank med internationell verksamhet, att tyngdpunkten för dess utlandsnärvaro ligger i Europa, att utlandsverksamheten år 1997 bidrog med 48 procent av de icke-konsoliderade intäkterna, att WestLB erbjuder banktjänster i konkurrens med andra europeiska banker och att det finns ett mycket nära samband mellan ett kreditinstituts eget kapital och dess bankverksamhet (skälen 17—20, 55—66 och 157—160 i det ifrågasatta beslutet).
- 294 Kommissionen har följaktligen tillräckligt klart angivit de omständigheter och rättsliga överväganden som i detta avseende var av väsentlig betydelse för beslutet. Denna motivering har möjliggjort för sökandena och gemenskapsdomstolarna att få kännedom om skälen till att kommissionen ansåg att den omtvistade transaktionen medförde en snedvridning av konkurrensen och påverkade handeln inom unionen.

- 295 Dessutom ålåg det inte kommissionen att utföra en oerhört ingående ekonomisk analys, eftersom den hade klargjort varför det var uppenbart att konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna påverkades.
- 296 Slutligen är kommissionen, enligt fast rättspraxis, inte skyldig att visa vilka verkningar som rättsstridiga stöd verkligen har haft för konkurrensen och handeln mellan medlemsstaterna. Om kommissionen var skyldig att lägga fram ett sådant bevis, skulle detta nämligen utmynna i att medlemsstater som utbetalar stöd i strid med anmälningsskyldigheten i artikel 88.3 EG skulle gynnas till förfång för de medlemsstater som anmäler planerade stöd (förstainstansrättens domar i de ovannämnda målen *Vlaams Gewest mot kommissionen*, punkt 67, *CETM mot kommissionen*, punkt 103, och dom av den 30 januari 2002 i mål T-35/99, *Keller och Keller Meccanica mot kommissionen*, REG 2002, s. II-261, punkt 85).
- 297 Talan kan således inte bifallas på den del av den femte och den sjätte grunden som avser bristande motivering.
- 298 Vad gäller frågan huruvida kommissionens beslut är välgrundat i detta avseende följer det av fast rättspraxis att till och med ett stöd av relativt ringa betydelse kan påverka handeln mellan medlemsstaterna när den sektor inom vilken det mottagande företaget är verksamt kännetecknas av en livlig konkurrens (domstolens dom av den 11 november 1987 i mål 259/85, *Frankrike mot kommissionen*, REG 1987, s. 4393, punkt 24, av den 21 mars 1991 i det ovannämnda målet *Italien mot kommissionen*, punkt 27, och domen i det ovannämnda målet *Vlaams Gewest mot kommissionen*, punkt 49).

- 299 Om ett ekonomiskt stöd som ges av en stat eller med hjälp av statliga medel stärker ett företags ställning i förhållande till andra konkurrerande företag i handeln inom gemenskapen, skall dessutom denna handel anses påverkas av detta stöd (domstolens dom av den 17 september 1980 i mål 730/79, Philip Morris mot kommissionen, REG 1980, s. 2671, punkt 11, svensk specialutgåva, volym 5, s. 303, domarna i de ovannämnda målen Vlaams Gewest mot kommissionen, punkt 50, och CETM mot kommissionen, punkt 86).
- 300 Slutligen skall stöd, som syftar till att helt eller delvis befria de stödmottagande företagen från de kostnader som de normalt skulle bära för den löpande driften eller den normala verksamheten, i princip anses snedvrida konkurrensvillkoren (domarna i de ovannämnda målen Siemens mot kommissionen, punkterna 48 och 77, och Vlaams Gewest mot kommissionen, punkt 43).
- 301 I förevarande fall har WestLB:s ställning i förhållande till dess konkurrenter stärkts genom den omtvistade transaktionen. Med hänsyn till transaktionens omfattning och WestLB:s storlek, och med beaktande av bankens starka närvaro på den internationella marknaden, är det mot bakgrund av den rättspraxis som angivits uppenbart att kommissionens uppfattning att den omtvistade transaktionen kunde snedvrida konkurrensvillkoren och påverka handeln mellan medlemsstaterna var korrekt.
- 302 Detta konstaterande stöds av förarbetena till delstatslagen avseende WfA:s överföring till WestLB, enligt vilka den omtvistade transaktionen syftade till att förstärka "[WestLB:s] nationella och internationella konkurrenskraft".

303 Av det ovan anförda följer att talan inte kan vinna bifall på denna delgrund.

C — Den tredje delgrunden: Huruvida kommissionen har åsidosatt artiklarna 87.1 EG och 295 EG vad gäller tillämpningen av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi och huruvida den har åsidosatt motiveringskyldigheten vad gäller vissa faktorer som beaktats vid beräkningen av en rimlig ersättning

304 Sökandena har med stöd av Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande att motiveringsskyldigheten har åsidosatts vad gäller vissa faktorer som beaktats vid beräkningen av en rimlig ersättning för det aktuella kapitaltillskottet. För det fall förstainstansrätten skulle finna att kommissionens tolkning av begreppet statligt stöd är riktig, har de i andra hand anförts att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi har tillämpats på ett felaktigt sätt i det ifrågasatta beslutet. De har för det första hävdats att den omtvistade transaktionens särdrag inte beaktas i det ifrågasatta beslutet. I fråga om, för det andra, den del av WestLB:s eget kapital som inte kan användas för att utvidga bankens affärsmässiga verksamheter, har sökandena gjort gällande dels att beslutet att ersättningen för detta kapital skall uppgå till 0,3 procent efter skatt är otillräckligt motiverat, dels att den ekonomiska fördel som WestLB har åtnjutit inte omfattar detta kapital. Beträffande, för det tredje, den del av WfA-kapitalet som kan tjäna som garanti för WestLB:s affärstransaktioner har sökandena gjort gällande en bristfällig motivering i fråga om ett flertal faktorer som legat till grund för beräkningen av en rimlig ersättning. De har i detta hänseende även bestridit att den ersättning som kommissionen har fastslagit är korrekt.

1. Underlåtenhet att beakta den omtvistade transaktionens särdrag

a) Parternas argument

- 305 Sökandena, i synnerhet delstaten, har gjort gällande att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning i det ifrågasatta beslutet vid tillämpningen av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi, eftersom den inte beaktade vissa särdrag i den omtvistade transaktionen.
- 306 Sökandena har för det första anfört att ur ett investerarperspektiv var den omtvistade transaktionen mot bakgrund av de nya kapitaltäckningskraven den enda möjligheten att förbättra WfA:s lönsamhet eller att genomföra projektet avseende en statsbank. För det andra var det med hänsyn till WfA:s allmännyttiga uppgifter omöjligt att erhålla någon form av avkastning på dess tillgångar. Den omtvistade transaktionen var det ekonomiskt mest förnuftiga sättet att använda dessa tillgångar på, eftersom delstaten därigenom kunde erhålla avsevärda inkomster med bibehållande av de begränsningar som gällde för dessa tillgångar.
- 307 För det tredje skulle värdet av WfA, inklusive eventuella värdeökningar, helt tillfalla delstaten för det fall transaktionen skulle gå tillbaka eller WestLB upplösas. För det fjärde kan WfA:s tillgångar internt endast i andra hand tas i anspråk som garanti och det är således högst osannolikt att detta kapital behöver användas som garanti, även om WestLB mot förmodan skulle göra förluster. Transaktionen har för det femte givit upphov till samverkansvinster med ett belopp av 30 miljoner DEM per år, vilka ingår i den förväntade avkastningen.

- 308 Sökandena har för det sjätte påpekat att WfA:s tillgångar inte utgörs av likvida medel utan är medel avsedda för ett visst ändamål som inte har ändrats på grund av den omtvistade transaktionen, vilket minskar tillgångarnas värde. Enligt sökandena har kommissionen felaktigt värderat nackdelarna med WfA-tillgångarnas bristande likviditet. De anser att endast investerarens synvinkel skall beaktas vid beräkningen av en rimlig ersättning. I motsats till vad kommissionen påstod i det ifrågasatta beslutet (se ovan i punkt 45) är möjligheten att göra avdrag för skatt från WestLB:s refinansieringskostnader följaktligen inte relevant vid denna beräkning, och en refinansieringsränta på 8,26 procent skall i sin helhet dras från avkastningen på eget kapital i form av likvida medel. Dessutom är besparingar avseende bolagsskatten skatteneutrala, eftersom de minskar det tillgodohavande som investeraren får genom det förfarande för avräkning av bolagsskatt som gällde vid tidpunkten för den omtvistade transaktionen. Slutligen minskar delstatens risk avsevärt på grund av att det inte är likvida medel som överförs, vilket borde ha lett till att kommissionen ytterligare satte ned den rimliga ersättningen.
- 309 Kommissionen har med stöd av BdB däremot vidhållit att den omtvistade transaktionens särdrag beaktats på ett korrekt sätt och har anfört skälen till varför den inte på grund av dessa borde ha gjort en annan bedömning än i det ifrågasatta beslutet. Kommissionen har för det första anfört att den beaktade delstatens ursprungliga situation, i dess egenskap av investerare, men att kommissionens bedömning av denna situation skiljer sig från sökandenas. Kommissionen har för det andra ifrågasatt relevansen av sökandenas argument avseende WfA:s allmännyttiga uppgifter och har därvid särskilt gjort gällande att sökandena sammanblandar statens roll som företagare och dess roll som innehavare av den högsta makten.
- 310 Kommissionen har för det tredje anfört att delstatens företrädesrätt till ersättning för den omtvistade transaktionen snarast är en nödvändig följd av den omständigheten att delstaten inte fick utökade ägarandelar på grund av överföringen av tillgångar. För det fjärde har kommissionen ifrågasatt relevansen i argumentet att WfA-tillgångarna internt endast i andra hand kan tas i anspråk som garanti. Kommissionen har härvidlag påpekat att den tillgängliga garantin

före den omtvistade transaktionen uppgick till 5,1 miljarder DEM och att WfA:s tillgångar enligt WestLB:s balansräkning värderades till 5,9 miljarder DEM, varav 4 miljarder hade godkänts av Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen. Kommissionen anser för det femte att samverkansvinsterna inte skall anses som en del av ersättningen för WfA-kapitalet, eftersom de inte ger upphov till några kostnader för WestLB.

- 311 Vad gäller för det sjätte den särskilda karaktären på WfA-kapitalet har kommissionen i synnerhet anført att den omständigheten att detta kapital godkändes som primärt kapital visar att det verkligen står till WestLB:s förfogande för att kompensera för eventuella förluster. Detta kapital ger således WestLB en konkurrensmässig fördel på marknaden för finansiella tjänster.
- 312 Kommissionen har i detta hänseende även vidhållit att den på ett korrekt sätt har beaktat nackdelarna med kapitalets bristande likviditet vid beräkningen av en rimlig ersättning. Vid beräkningen av en rimlig ersättning på grundval av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi är enligt kommissionen den avgörande faktorn hur den gynnade parten betraktar den konkreta fördel som denne beviljats. Således skall endast nettofinansieringskostnaderna, det vill säga de kostnader som inte kompenseras genom lägre skatt, beaktas som ytterligare kostnader vilka motiveras av det överförda kapitalets särskilda karaktär. Kommissionen har dessutom erinrat om att den anser att det skattetillgodohavande som följer av avräkningsförfarandet saknar betydelse för beräkningen av en rimlig ersättning. En ytterligare nedsättning till följd av den lägre risk som delstaten löper är inte heller motiverad.

b) Förstainstansrättens bedömning

- 313 Förstainstansrätten påpekar inledningsvis i fråga om sökandenas första och andra argument att det vid tillämpningen av principen om en privat investerare i en

marknadsekonomi inte är tillräckligt att jämföra den avkastning som delstaten får efter den omtvistade transaktionen med den avkastning som WfA:s tillgångar gav före denna transaktion. Det är nämligen ostridigt att WfA:s tillgångar som endast var avsedda till att stödja bostadsbyggande inte omfattas av en privat investerares resonemang. Däremot skall den avkastning som delstaten har erhållit tack vare den omtvistade transaktionen jämföras med den avkastning som en hypotetisk privat investerare, vilken — i den mån detta är möjligt — befann sig i samma situation som delstaten, skulle ha krävt för denna transaktion (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovannämnda målet DM Transport, punkt 25).

- 314 Det skall emellertid understrykas att en privat investerare i normala fall inte nöjer sig med att en investering inte är förlustbringande eller ger begränsade vinster. En privat investerare söker nämligen uppnå en rimlig maximering av avkastningen på sin investering i förhållande till omständigheterna och till hans intressen på kort, medellång och lång sikt, även vid placeringar i företag i vilka investeraren redan innehar andelar.
- 315 Vad således gäller delstatens ställning som investerare medför inte den omständigheten att den omtvistade transaktionen var förnuftig ur delstatens synpunkt att denna undantas från tillämpningen av de gemenskapsrättsliga reglerna om statligt stöd. Det är trots denna omständighet fortfarande nödvändigt att utreda huruvida transaktionen stärker WestLB:s ställning genom att banken får en fördel som den inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor.
- 316 Denna iakttagelse gäller även sökandenas andra argument, enligt vilket den omtvistade transaktionen var det ekonomiskt mest förnuftiga sättet att använda WfA:s tillgångar på. Förstainstansrätten anser inte heller att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning vid beräkningen av den avkastning på den omtvistade transaktionen som en privat investerare skulle förvänta sig genom att inte beakta de vinster som delstaten genom sitt innehav skulle ha gjort på grund av ökningen av WestLB:s affärsvolym. Det skall i detta hänseende betonas att sökandena inte har gjort gällande att WestLB:s affärsvolym hade ökat mer än vad som skulle ha varit fallet för andra banker under liknande förhållanden. I

avsaknad av bevisning härom kan det inte anses att de vinster som delstaten har gjort på grund av ökningen av WestLB:s affärsvolym är en specifik följd av den omtvistade transaktionen så att de skall beaktas vid beräkningen av den ersättning som en privat investerare skulle förvänta sig av den omtvistade transaktionen. Den påstådda ökningen har under alla omständigheter inneburit vinster för WestLB:s övriga ägare utan att dessa på något sätt har bidragit därtill, vilket inte heller överensstämmer med det förhållningssätt en privat investerare i en marknadsekonomi skulle anta.

317 Vad slutligen gäller delstatens argument avseende ökningen av skatteintäkterna skall det understrykas att delstatens ställning som offentligt organ och dess ställning som företagare inte får sammanblandas. Denna ökning av skatteintäkterna saknar helt betydelse för en privat investerare.

318 I fråga om sökandenas tredje argument att värdet av WfA, inklusive värdeökningar, helt skulle tillfalla delstaten för det fall transaktionen skulle gå tillbaka eller WestLB upplösas, skall det för det första påpekas att denna värdeökning är osäker och att detta argument bygger på en hypotes som inte är önskvärd för sökandena och som strider mot målsättningarna med den omtvistade transaktionen. Detta argument förutsätter nämligen att WestLB upplöses eller att WfA:s och WestLB:s tillgångar skiljs åt. I båda fallen skulle den omtvistade transaktionen, genom vilken WfA införlivades med WestLB, gå om intet. För det andra leder inte den omständigheten att värdet av WfA, inklusive eventuella värdeökningar, skulle tillfalla delstaten i händelse av separation till en minskning av den snedvridning av konkurrensen som den omtvistade transaktionen i mellantiden kunde ge upphov till. Inte heller är det uteslutet att transaktionen kan utgöra en ekonomisk fördel som delstaten beviljar WestLB och som banken inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor.

319 Vad gäller sökandenas fjärde argument att WfA:s tillgångar i andra hand kan tas i anspråk som garanti i de interna relationerna mellan WestLB:s ägare, kan det inte

heller anses att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att finna att denna omständighet inte motiverade en lägre ersättning för den omtvistade transaktionen. Denna garanti existerar nämligen endast i relationerna mellan de olika ägarna. Externt åtnjuter WfA-tillgångarna däremot inte något skydd i WestLB:s relationer med sina fordringsägare. Även i fråga om interna relationer får argumentet — att risken är liten att det tillskjutna kapitalet tas i anspråk som garanti — betydligt mindre betydelse på grund av storleken på det tillskjutna WfA-kapitalet i förhållande till det sammanlagda beloppet av WestLB:s eget kapital, det vill säga 5,9 miljarder DEM i förhållande till de 11 miljarder DEM som utgjorde hela WestLB:s eget kapital efter den omtvistade transaktionen, det vill säga ungefär 53,63 procent av det totala beloppet).

320 Vad gäller det femte argumentet, att samverkansvinster borde medtas i beräkningen av den förväntade avkastningen, skall det, såsom det har angivits ovan i punkt 314, erinras om att en privat investerare i normala fall inte nöjer sig med att en investering inte är förlustbringande eller ger begränsade vinster utan söker uppnå en maximal avkastning på sin investering i förhållande till omständigheterna och till hans intressen. Dessa samverkansvinster medför för det första inte några kostnader eller nackdelar för WestLB som skulle motivera att banken kompenseras genom en nedsättning av ersättningen för det tillskjutna kapitalet. Det är således sannolikt att en privat investerare i delstatens ställe inte skulle godta en lägre ersättning för sin investering på grund av att denna gav honom en indirekt fördel utan att för den skull innebära en nackdel för WestLB. Om WestLB i stället för att genomföra den omtvistade transaktionen med delstaten hade varit tvungen att skaffa kapital hos en privat investerare som inte kunde dra nytta av dessa samverkansvinster skulle banken ha varit tvungen att betala marknadsmässig ersättning. Det kan under dessa omständigheter inte anses att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning då den ansåg att eventuella samverkansvinster som delstaten indirekt tillgodogjorde sig utgjorde ytterligare en fördel som gick att hänföra till den omtvistade transaktionen, vilket inte motiverade att kommissionen beräknade stödinslaget till ett lägre belopp.

- 321 Beträffande det sjätte argumentet, att kommissionen borde ha beaktat att det kapital som överfördes från WfA till WestLB endast kunde användas för vissa bestämda ändamål, erinrar förstainstansrätten om att den aktuella frågan avser vilken betydelse WfA-kapitalets bristande likviditet har för beräkningen av en rimlig ersättning för den omtvistade transaktionen. Närmare bestämt är parterna oense i frågan huruvida det vid en sådan beräkning skall beaktas att WestLB:s refinansieringskostnader, i egenskap av driftskostnader, minskar bankens skattepliktiga inkomster och följaktligen även den bolagsskatt som banken skall erlägga.
- 322 Det skall emellertid erinras om att syftet med artikel 87.1 EG är att förhindra att handeln mellan medlemsstaterna påverkas genom att offentliga myndigheter beviljar fördelar som i olika former snedvrider eller hotar att snedvrider konkurrensen genom att vissa företag eller viss produktion gynnas.
- 323 För att avgöra huruvida åtgärder som offentliga myndigheter vidtar avseende ett företags kapital har karaktären av statligt stöd skall det bedömas huruvida, under liknande omständigheter, en privat investerare som är verksam under normala marknadsekonomiska villkor och som till sin storlek kan jämföras med de organ som förvaltar den offentliga sektorn skulle ha genomfört de aktuella kapitaltillskotten. I synnerhet är det relevant att fråga sig om en privat investerare skulle ha utfört transaktionen i fråga på samma villkor och, om så inte är fallet, undersöka på vilka villkor han skulle ha kunnat utföra den (se den rättspraxis som omnämnts ovan i punkt 245).
- 324 I enlighet med det resonemang som det redogjorts för ovan i punkt 313 skall det i förevarande fall fastställas hur stor den ersättning som en privat investerare som, i den mån det är möjligt, befann sig i samma situation som delstaten skulle ha krävt för den omtvistade transaktionen.

- 325 Såsom det har angivits ovan i punkterna 180, 207 och 243 är det slutliga syftet att avgöra om det gynnade företaget får ekonomiska fördelar som det inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor.
- 326 I motsats till vad sökandena har hävdat kan det inte, som stöd för argumentet att de skattemässiga avdragen för WestLB:s refinansieringskostnader inte skall beaktas, göras gällande att endast investerarens synvinkel är relevant.
- 327 Det kan nämligen vid tillämpningen av de gemenskapsrättsliga reglerna om statligt stöd inte anses att den teoretiska prövningen av huruvida en transaktion har genomförts enligt normala marknadsmässiga villkor med nödvändighet skall göras med beaktande enbart av investeraren eller det företag till förmån för vilket investeringen har gjorts, eftersom just samspelet mellan de olika ekonomiska aktörerna är kännetecknande för en marknadsekonomi.
- 328 En privat investerare i samma situation som delstaten skulle således omöjliggöras om den kunnat bortse från WfA-kapitalets bristande likviditet vid förhandlingar enligt normala marknadsmässiga villkor. En sådan investerare skulle ha varit tvungen att ta hänsyn till WestLB:s uppfattning och det faktum att WfA-kapitalet hade ett begränsat användningsområde för banken. Investeraren skulle inte ha kunnat kräva samma ersättning för detta kapital som för likvida medel.
- 329 Det är likaledes, i synnerhet avseende en transaktion som liksom den omtvistade transaktionen avser ett betydande belopp, motiverat att anta att en privat investerare skulle ha tagit hänsyn till de verkliga kostnader som WestLB ådrog sig på grund av WfA-kapitalets bristande likviditet och således till den möjlighet att delvis göra avdrag från skatt för de refinansieringskostnader som var en följd därav.

- 330 Vad dessutom gäller argumentet att besparingar avseende bolagsskatten i stort är skatteneutrala, eftersom de minskar investerarens tillgodohavande till följd av förfarandet för avräkning av skatten, skall det påpekas, vilket kommer att visas nedan (se punkterna 388—393), att lagligheten av kommissionens beräkning av en rimlig ersättning inte kan ifrågasättas på grund av dennas underlåtenhet att beakta det förfarande för avräkning av bolagsskatt som gällde i Tyskland vid tidpunkten för den omtvistade transaktionen.
- 331 Det skall sammanfattningsvis konstateras att kommissionen i det ifrågasatta beslutet inte har gjort en uppenbart oriktig bedömning i det att den, inom ramen för sin bedömning av samtliga relevanta omständigheter rörande den omtvistade transaktionen för att fastställa en rimlig ersättning för densamma, ansåg att WfA-kapitalets bristande likviditet skulle beaktas i förhållande till de dit hänförliga nettofinansieringskostnaderna och således mot bakgrund av den sänkning av bolagsskatten som refinansieringskostnaderna medförde för WestLB. Sökandenas sjätte argument skall följaktligen underkännas.
- 332 Slutligen skall förstainstansrätten ta ställning till det argument som sökandena framförde inom ramen för sitt bestridande av att använda en genomsnittlig avkastning som utgångspunkt för kommissionens bedömning. Detta argument avser kommissionens underlåtenhet att ta hänsyn till att privata investerare kan eftersträva andra mål än en maximal avkastning på deras kapital på grund av, till exempel, ägareffekten (se ovan punkterna 216 och 222—226).
- 333 Sökandena har i detta hänseende begränsat sig till att allmänt framhäva dels vikten av den omständigheten att privata investerare kan eftersträva andra mål än en maximal avkastning på investeringen, dels att detta betraktelsesätt i förevarande fall borde tillämpas på delstaten.

334 Sökandena har emellertid inte klargjort hur detta betraktelsesätt konkret kan leda till att det ifrågasatta beslutets laglighet påverkas. I synnerhet har de inte redogjort för hur och exakt i vilken utsträckning detta skulle motivera en minskning av det inslag av statligt stöd som kommissionen har fastställt med hänsyn till den avkastning på WfA-kapitalet som delstaten kunde räkna med enligt principen om en privat investerare. Det skall följaktligen anses att sökandena inte har visat att detta betraktelsesätt är relevant i förevarande fall och de kan därför inte med framgång kritisera kommissionen för att den underlät att beakta detta.

335 Beträffande argumentet avseende ägareffekten skall det dessutom erinras om att en privat investerare, såsom det har angivits ovan i punkt 314, i normala fall inte nöjer sig med att en investering inte är förlustbringande eller ger begränsad avkastning utan söker uppnå maximal avkastning på sitt kapital i förhållande till omständigheterna och hans intressen, även vid placeringar i företag i vilka investeraren redan innehar andelar.

336 Vad vidare gäller kommissionens bedömning av alla relevanta omständigheter rörande den omtvistade transaktionen och dess sammanhang, skall det återigen betonas att sökandena, såsom det har nämnts ovan i punkt 197, inte har gjort gällande att det ifrågasatta beslutet är rättsstridigt på grund av att de villkor som anges i artikel 86.2 EG för att bevilja undantag från konkurrensreglernas tillämpning vad gäller WestLB är uppfyllda.

337 Av det ovan anförda följer att prövningen av kommissionens bedömning av den omtvistade transaktionens särdrag inte har utvisat att det har gjorts en uppenbart oriktig bedömning. Anmärkningen avseende det ifrågasatta beslutets olaglighet i detta hänseende kan följaktligen inte godtas.

2. Rimlig ersättning för det belopp på 3,4 miljarder DEM av WfA-kapitalet som inte kan användas som garanti för WestLB:s egen verksamhet

a) Parternas argument

338 Delstaten har gjort gällande att det ifrågasatta beslutet är bristfälligt motiverat i fråga om ståndpunkten att en rimlig ersättning för det egna kapital som tjänar som garanti och som inte kan användas av WestLB skall uppgå till 0,3 procent efter skatt. Det är enligt delstaten omöjligt att förstå av vilken anledning kommissionen har tagit hänsyn till vissa faktorer — i synnerhet det aktuella beloppets storlek, den omständigheten att WfA:s särskilda reserver ställdes till WestLB:s förfogande på obegränsad tid — och hur dessa faktorer har beaktats vid beräkningen av en rimlig ersättning.

339 Sökandena har bestridit att det ifrågasatta beslutet är välgrundat i detta hänseende. De har anfört att någon ersättning inte borde utgå för de 3,4 miljarder DEM som WestLB inte kan använda för att utvidga sin verksamhet. De anser att denna del av tillskottet inte ger banken någon ekonomisk fördel, eftersom 1,5 miljarder DEM av detta belopp tjänar som garanti för WfA:s verksamhet och inte för WestLB:s verksamhet och eftersom inte heller återstoden, det vill säga 1,9 miljarder DEM, beaktas av bankens fordringsägare vilka endast intresserar sig för kapitalets långsiktiga värdering, vilken inte har förändrats genom den omtvistade transaktionen.

340 Kommissionen anser sig med tillräcklig tydlighet i skäl 221 i det ifrågasatta beslutet ha förklarat hur den vid beräkningen av en rimlig ersättning kom fram till en ersättningsnivå på 0,3 procent efter skatt för det kapital som WestLB inte kan använda. Kommissionen har uppgivit att den ersättning på 0,3 procent, som den tyska regeringen under det formella granskningsförfarandet hade ansett vara en rimlig borgensavgift för WestLB, höjdes för att ta hänsyn till kapitalets särskilda egenskaper, nämligen beloppets storlek och dess tillhandahållande utan tidsbegränsning, och sedan sänktes till en nivå efter skatt.

341 Kommissionen anser dessutom att beloppet på 3,4 miljarder DEM som inte kunde tjäna som garanti för WestLB:s egen verksamhet medför en ekonomisk nytta för banken, eftersom det upptas i balansräkningen som ytterligare eget kapital och således ökar bankens kreditvärdighet genom att skapa ytterligare en garanti för fordringsägarna. Kommissionen har även bestridit betydelsen av argumentet avseende bankens värdering. Följaktligen anser kommissionen att även det nämnda beloppet skall beaktas vid beräkningen av en rimlig ersättning för överföringen av WfA.

b) Förstainstansrättens bedömning

342 Beträffande motiveringen av det ifrågasatta beslutet i detta avseende skall det för det första påpekas att kommissionen i skäl 220 i nämnda beslut uppgav att ifrågavarande kapital är av ekonomisk betydelse för WestLB, att dess ekonomiska funktion kan jämföras med en borgensförbindelse eller garanti och att en privat investerare för att ta en sådan risk skulle kräva en rimlig ersättning.

- 343 Vad gäller, för det andra, ersättningen på 0,3 procent är det tillräckligt att konstatera att den tyska regeringen, såsom kommissionen uppgav i skäl 221 i det ifrågasatta beslutet vilket bekräftades av sökandena under förhandlingen, hade angivit denna ersättningsnivå som en rimlig borgensavgift för en bank som WestLB.
- 344 Det skall således fastställas att kommissionen i det ifrågasatta beslutet dels klart angav skälen till att den ansåg det motiverat med en ersättning för detta kapital, dels lämnade de uppgifter som krävs för att sökandena och gemenskapsdomstolarna skall kunna förstå skälen till kommissionens val vid beräkningen av ersättningen för ifrågavarande kapital. Sökandenas anmärkning avseende bristande motivering i detta hänseende kan följaktligen inte godtas.
- 345 Vad gäller frågan huruvida detta val är välgrundat skall det påpekas att, eftersom det aktuella kapitalet har medfört en fördel för WestLB genom att det ökat bankens solvens, det är motiverat att anse att en privat investerare skulle ha krävt en ersättning för detta kapital. Beträffande den ersättningsnivå som kommissionen fastställde kan det endast erinras om att denna nivå hade omnämnts av Förbundsrepubliken Tyskland och att det i detta hänseende saknar betydelse att kommissionen för att komma fram till denna procentsats hade ansett det lämpligt att först räkna upp den och sedan göra en nedsättning. Vidare har sökandena hävdat att WestLB över huvud taget inte borde utge någon ersättning för detta kapital, men har inte förklarat varför den ersättningsnivå som kommissionen slutligen ansåg rimlig för detta kapital inte var korrekt.
- 346 Det kan under dessa omständigheter inte anses att det har gjorts en uppenbart oriktig bedömning i kommissionens beslut i fråga om den ersättning som beräknats för det belopp på 3,4 miljarder DEM av WfA-kapitalet som inte kan användas som garanti för WestLB:s egen verksamhet. Följaktligen skall anmärkningen avseende det ifrågasatta beslutets olaglighet i detta hänseende underkännas.

3. Rimlig ersättning för det belopp på 2,5 miljarder DEM av WfA-kapitalet som kan användas som garanti för WestLB:s egen verksamhet

347 Sökandena har med stöd av Förbundsrepubliken Tyskland för det första gjort gällande att ersättningen borde beräknas med beaktande av WfA-tillgångarnas särskilda riskprofil, vilken är jämförbar med riskprofilen hos hybridinstrument för eget kapital. För det andra anser de att det inte var nödvändigt att delstatens innehav i WestLB ökade för att den omtvistade transaktionen inte skulle anses utgöra statligt stöd. De har för det tredje anfört att den slutliga avkastning på 9,3 procent som enligt kommissionen krävdes för detta belopp inte är motiverad i vissa delar och i flera avseenden är grundad.

a) Jämförbarhet mellan överföringen av WfA:s tillgångar och instrument för eget kapital

Parternas argument

348 WestLB har anfört att WfA-tillgångarnas riskprofil inte kan jämföras med aktiekapitalets riskprofil utan med riskprofilen för hybridinstrument för eget kapital, till exempel passiva innehav, perpetual preferred shares (preferensaktier utan tidsbegränsning) och vinstandelsbevis. Således skall överföringen av WfA vid beräkningen av en rimlig ersättning för den omtvistade transaktionen inte jämföras med en ökning av aktiekapitalet utan med dessa hybridinstrument och med den ersättning (på mellan 9,3 och 10,3 procent) som krävs för dem, vilken är

en annan än den som kommissionen i det ifrågasatta beslutet krävde som grundavkastning (12 procent). WestLB har även ifrågasatt riktigheten av kommissionens iakttagelser i det ifrågasatta beslutet i detta hänseende.

- 349 Kommissionen har med stöd av BdB tillbakavisat detta argument och har därvid anfört att jämförelsen med hybridinstrument för eget kapital inte är en riktig utgångspunkt vid beräkningen av en rimlig ersättning för den omtvistade transaktionen på grund av WfA-tillgångarnas speciella egenskaper. Kommissionen har redogjort för på vilket sätt WfA-tillgångarna i stora delar skiljer sig från vart och ett av de instrument som WestLB har räknat upp som jämförbara.

Förstainstansrättens bedömning

- 350 Kommissionens val i fråga om de faktorer som låg till grund för jämförelsen vid beräkningen av en rimlig ersättning för den aktuella delen av WfA-tillgångarna kan inte anses uppenbart oriktigt. Kommissionen redogjorde nämligen i skälen 193—201 i det ifrågasatta beslutet för varför den ansåg att skillnaderna mellan sådana hybridinstrument och den omtvistade transaktionen var så stora att en jämförelse däremellan endast hade begränsad giltighet. Kommissionen påpekade i synnerhet att de hybridinstrument som sökandena har hänvisat till i allmänhet står för en mycket begränsad del av en banks eget kapital, till skillnad från WfA:s kapital som motsvarade nära hälften av WestLB:s primära kapital.
- 351 Eftersom frågan huruvida WfA-tillgångarna kan jämföras med dessa hybridinstrument rör ett ekonomiskt mycket komplicerat område, inom vilket kommissionen har ett stort utrymme för skönsässig bedömning, anser förstainstansrätten, med hänsyn till gränserna för förstainstansrättens prövning av denna rättsakt, att granskningen av det ifrågasatta beslutet inte har utvisat att det där har gjorts en oriktig bedömning i detta avseende som kan påverka beslutets laglighet.

b) Nödvändigheten av att öka delstatens innehav i WestLB

Parternas argument

- 352 WestLB har anfört att det inte var nödvändigt att öka delstatens innehav i bankens aktiekapital för att anse att den omtvistade transaktionen inte utgjorde statligt stöd, eftersom delstaten fick en rimlig ersättning för WfA:s tillgångar.
- 353 Kommissionen anser att WestLB:s uttalande principiellt är riktigt och har förklarat att den i skälen 182 och 184 i det ifrågasatta beslutet endast uppgav att en sådan ökning av delstatens innehav i WestLB hade varit en av flera möjligheter att erhålla en rimlig ersättning för det tillskjutna kapitalet och att delstaten i annat fall på ett annat sätt borde få en rimlig ersättning.

Förstainstansrättens bedömning

- 354 Det saknas anledning att pröva detta argument. Sökandena och kommissionen är nämligen överens om att det inte var nödvändigt att öka delstatens innehav i WestLB:s aktiekapital för att den omtvistade transaktionen inte skall utgöra statligt stöd om delstaten fick en rimlig ersättning för WfA:s tillgångar. Det återstår således att fastställa huruvida kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning då den slog fast att den ersättning som utgavs för den omtvistade transaktionen inte var rimlig mot bakgrund av att delstaten inte hade ökat sitt innehav i WestLB:s aktiekapital.

c) Slutlig avkastning på 9,3 procent

- 355 Sökandena har hävdad att kommissionen i vissa avseenden inte har angivit skälen till att den krävde en slutlig avkastning på 9,3 procent som en rimlig ersättning för den omtvistade transaktionen. Det saknas även i flera avseenden grund för denna ersättningsnivå.
- 356 Sökandena har för det första gjort gällande en bristande motivering av beslutet att fastställa en grundavkastning efter skatt på 12 procent (nedan kallad grundavkastningen) som utgångspunkt för den slutliga beräkningen av en rimlig ersättning, och de har även hävdad att denna procentsats är felaktig. För det andra har de anfört att kommissionen inte tillräckligt har motiverat sitt beslut att tillämpa ett riskpåslag med 1,5 procent och de anser att detta påslag inte är berättigat.

i) Grundavkastning på 12 procent

Parternas argument

- 357 Enligt sökandenas uppfattning är det inte möjligt att i det ifrågasatta beslutet utläsa vilka kriterier som har legat till grund för beslutet att fastställa grundavkastningen till 12 procent efter skatt. De anser även att kommissionen saknade grund för att kräva en så hög nivå.

- 358 Vad gäller, för det första, vilken typ av grundavkastning som kommissionen har tillämpat anser sökandena att det ifrågasatta beslutet är tvetydigt i frågan huruvida denna avkastning motsvarar avkastningen på eget kapital (Return on Equity, nedan kallad RoE) eller avkastningen på investerat kapital (Return on Investment, nedan kallad RoI), vilka avser olika typer av avkastning. De anser även att det inte går att utläsa ur det ifrågasatta beslutet varför kommissionen utgår från en förväntad avkastning efter skatt. Delstaten har vidare anfört att även om kommissionen i sitt svaromål slutligen klargjorde att den avkastning som en investerare förväntade sig endast kunde vara en förväntad avkastning "efter skatt" som företaget erlagt men "före skatt" som investeraren skall erlägga, framgick inte detta resonemang tydligt i det ifrågasatta beslutet.
- 359 Enligt sökandenas uppfattning är den tolkning av det ifrågasatta beslutet som kommissionen givit i sitt svaromål avseende denna fråga inte relevant. WestLB har vidare anfört att det dessutom framgår av ett utkast till det ifrågasatta beslutet att kommissionen faktiskt utgick från en avkastning efter skatt. WestLB har därvid begärt att förstainstansrätten skall förordna om att kommissionen skall inkomma med samtliga utkast till det ifrågasatta beslutet.
- 360 För det andra har sökandena med stöd av Förbundsrepubliken Tyskland gjort gällande att kommissionen borde ha tagit hänsyn till den skattecredit som följer av det förfarande för avräkning av bolagsskatt som gällde i Tyskland vid tidpunkten för den omtvistade transaktionen. De anser att kommissionen felaktigt har likställt avkastningen före den skatt som investeraren skall betala med avkastningen efter erlagd bolagsskatt. De har gjort gällande att eftersom detta betraktelsesätt inte tar hänsyn till följderna av respektive skatteregler för de berörda blir resultaten av jämförelsen mellan de olika typerna av avkastning snedvridna till förfång för sökandena, vilket även leder till att principen om en privat investerare i en marknadsekonomi inte tillämpas korrekt.

- 361 Sökandena har påpekat att när delstaten betalar skatt på vinstutdelning har denna, till skillnad från andra investerare, inte rätt till någon skattekredit för att från sin skatteskuld avseende inkomstskatt kunna dra ett belopp som motsvarar den vinstskatt som det vinstutdelande företaget redan har erlagt. På grund av detta avräkningsförfarande skiljer sig alltid RoE efter den skatt som betalats av företaget från RoI före den skatt som skall betalas av investeraren med ett belopp som motsvarar åtminstone skattetillgodhavandet avseende bolagsskatten.
- 362 För att de olika typerna av avkastning skall kunna likställas har sökandena sammanfattningsvis anført att de investerare som inte har rätt till en skattekredit skall tilldelas en fiktiv sådan. Eftersom kommissionen fastställde grundavkastningen till 12 procent borde den således enligt WestLB ha beaktat en fiktiv skattekredit på 5,5 procent som en beståndsdel av delstatens inkomster. Ett alternativ hade varit att sänka RoI från 12 procent till 6,45 procent före skatt. Enligt delstaten kunde som mest en utdelning på 6,48 procent krävas av WestLB.
- 363 I fråga om BdB:s och kommissionens argument att avräkningsförfarandet inte skall tillämpas på den överenskomna ersättningen för WfA-kapitalet har sökandena anført att deras betraktelsesätt i detta hänseende syftar till att jämföra kommissionens tillvägagångssätt med den situation som i skattemässig hänseende gäller för en privat investerare i en marknadsekonomi, vilken är kommissionens referensram.
- 364 Sökandena har för det tredje hävdatt att kommissionen inte tillräckligt har motiverat fastställelsen av grundavkastningens storlek.

- 365 Sökandena har härvid bestridit relevansen av de omständigheter som beaktats i skäl 209 i det ifrågasatta beslutet och har särskilt påpekat att endast en hänvisning till kommissionens beslut 98/490/EG av den 20 maj 1998 om det stöd som Frankrike beviljat koncernen Crédit Lyonnais (EGT L 221, s. 28), utan någon förklaring av likheterna mellan de båda ärendena, inte kan anses utgöra en tillräcklig motivering.
- 366 Enligt sökandena är den bristfälliga motiveringen av det ifrågasatta beslutet så mycket tydligare som kommissionen, av allt att döma för första gången, uteslutande har utgått från den förväntade framtida avkastningen, och således har ställt ett krav på en minimiavkastning. Kommissionen har inte utgått från, till exempel, den avkastning som verkligen har givits av jämförbara företag i en ekonomiskt jämförbar sektor i den berörda medlemsstaten. Av beslutets motivering framgår emellertid inte vilka prognoser som har gjorts för att fastställa den förväntade avkastningen eller vilka parametrar som varit avgörande i detta hänseende. Delstaten har dessutom som svar på kommissionens synpunkter påpekat att det visserligen klargörs i de avsnitt i det ifrågasatta beslutet som kommissionen har hänvisat till att det främst är den förväntade avkastningen som enligt kommissionen styr en investerares val men att dessa avsnitt inte innehåller någon redogörelse för de prognoser och parametrar som en investerare skulle beakta vid beräkningen av denna avkastning.
- 367 WestLB har vidare anfört att kommissionen inte har tagit ställning till vilken marknad det rör sig om eller vad som avses med den ”berörda sektorn” inom vilken den genomsnittliga avkastning som ligger till grund för det ifrågasatta beslutet kan förväntas. Detta är emellertid en grundläggande fråga när det gäller att i ett förfarande avseende statligt stöd fastställa den genomsnittliga avkastning som kan erhållas i en viss ekonomisk bransch.
- 368 Delstaten har vidare anfört att kommissionen har bortsett från vissa för analysen väsentliga argument och från de fakta och upplysningar som Förbundsrepubliken Tyskland har lämnat avseende grundavkastningens storlek, och kommissionen har således inte givit någon motivering i detta hänseende (domstolens dom av den 28 april 1993 i mål C-364/90, Italien mot kommissionen, REG 1993, s. I-2907, punkterna 44 och 45).

- 369 Kommissionen har invänt att det ifrågasatta beslutet inte är bristfälligt motiverat vad gäller grundavkastningen på 12 procent efter skatt och har hävdats att denna procentsats har fastställts på goda grunder.
- 370 Kommissionen har för det första tillbakavisat påståendet att det ifrågasatta beslutet är bristfälligt motiverat vad gäller den typ av grundavkastning som har tillämpats.
- 371 Kommissionen har för det andra med stöd av BdB bestridit att den skatte kredit som följer av avräkningsförfarandet skall beaktas som en beståndsdel av investerarens ersättning. Enligt kommissionen är syftet med denna skatte kredit endast att kompensera för den förlust som en dubbelbeskattning skulle leda till. Kommissionen har även gjort gällande att det saknas grund för de argument som sökandena har anfört i skattemässigt hänseende och har därvid redogjort för varför den beräknade skattebördan inte i sin helhet kan beaktas vid fastställelsen av en genomsnittlig avkastning för en privat investerare i en marknadsekonomi.
- 372 BdB och kommissionen har vidare anfört att förfarandet för avräkning av bolagsskatt över huvud taget inte är tillämpligt beträffande den ersättning som överenskommit för WfA-kapitalet. Det rör sig nämligen i förevarande fall om en fast ersättning och nämnda förfarande är tillämpligt i Tyskland endast när ersättning för en investering ges i form av en rätt till andel i vinst.
- 373 Vad för det tredje gäller den påstådda bristande motiveringen av storleken på grundavkastningen, har kommissionen betonat att den i skäl 209 i det ifrågasatta

beslutet uttryckligen angav de omständigheter som låg till grund för beräkningen av denna avkastning, nämligen kommissionens egen erfarenhet, ett flertal uttalanden och undersökningar från investmentbanker och konsultföretag om faktisk och förväntad avkastning på eget kapital och investeringar, synpunkter som de olika berörda parterna framfört samt ett tidigare beslut som kommissionen fattat avseende kapital som staten ställt till förfogande för en offentlig bank.

374 Kommissionen har med stöd av BdB anfört att de förklaringar i detta hänseende som givits i skälen 206—209 i det ifrågasatta beslutet skall tolkas mot bakgrund av sitt systematiska sammanhang och, i synnerhet, mot bakgrund av de talrika meningsutbyten som har ägt rum mellan kommissionen och de parter som deltog i det administrativa förfarandet samt med beaktande av den omständigheten att kommissionen stödde sig på kriterier som var kända för WestLB såsom ekonomisk aktör inom den aktuella sektorn.

375 Kommissionen anser att den inte enligt rättspraxis är skyldig att i detalj redovisa för sökandena vilka metoder eller informationskällor som den har förlitat sig på, eller att redogöra för det matematiska resonemang som har tillämpats i det enskilda fallet med angivande av samtliga faktorer som legat till grund för beräkningen (domstolens dom av den 9 november 1995 i mål C-466/93, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft m.fl., REG 1995, s. I-3799, punkt 16, av den 29 februari 1996 i mål C-122/94, kommissionen mot rådet, REG 1996, s. I-881, punkt 29, och av den 12 november 1998 i mål C-352/96, Italien mot kommissionen, REG 1998, s. I-6937, punkt 41).

376 Kommissionen anser sig med avseende på tillämpningen av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi ha stor erfarenhet i frågor som rör offentliga myndigheters kapitaltillskott, den förväntade avkastningen på investeringen och kapitaltransaktioner inom sektorn för finansiella tjänster. Kommissionen har erinrat om att den i det ifrågasatta beslutet dels tog till sig de överväganden som gjorts i First Consultings rapport, vilka således ingick i dess motivering, dels beaktade de handlingar som Förbundsrepubliken Tyskland inlämnat, vilket styrks av den utförliga redogörelsen avseende Lehman Brothers rapport.

- 377 Enligt kommissionen hänvisas i det ifrågasatta beslutet till beslut 98/490 rörande Crédit Lyonnais endast på grund av att detta beslut utgör ett exempel som visar att fördjupade analyser av den europeiska banksektorn och tillämpningen av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi även har lett fram till konstaterandet att den förväntade avkastningen på en investering i en bank skall fastställas till 12 procent. Kommissionen tillämpade inte endast automatiskt den procentsats som uppgavs i beslut 98/490 utan hänvisade till denna endast för att understryka att den ersättning som slagits fast i det ifrågasatta beslutet var rimlig. Kommissionen har dessutom anfört att Förbundsrepubliken Tysklands hänvisning till domen i det ovannämnda målet Alitalia mot kommission är ovidkommande och har därvid betonat att den avkastning som använts i beslut 98/490 endast var en av de informationskällor som kommissionen hänvisat till. Dessutom tjänade denna avkastning inte som kriterium för att fastställa huruvida investeringen utgjorde stöd, vilket hade varit fallet i det beslut som hade givit upphov till domen i det ovannämnda målet Alitalia mot kommissionen, utan den bidrog endast till att fastställa huruvida Crédit Lyonnais var en livskraftig bank efter saneringen.
- 378 Vad gäller beräkningen av minimiavkastningen på 12 procent efter erlagd bolagsskatt som en investerare år 1991 förväntade sig av sitt kapital, har kommissionen anfört att det följer av skäl 209 i det ifrågasatta beslutet att kommissionen grundade sig på den genomsnittliga avkastningen inom banksektorn, eftersom "[företagen] i praktiken måste... övertyga investeraren om att de kommer vara i stånd att åtminstone generera en genomsnittlig avkastning på det tillförda kapitalet". Om ett företag under dessa omständigheter "inte kan leva upp till dessa förväntningar på åtminstone en genomsnittlig avkastning, kommer investeraren att överväga att investera i ett annat företag som har bättre utsikter".
- 379 Enligt kommissionen kunde sökandena på grundval av de handlingar vars innehåll det redogjorts för i det ifrågasatta beslutet få kännedom om skälen till att den förväntade minimiavkastningen fastställdes till 12 procent efter erlagd bolagsskatt. Denna avkastningsnivå låg dessutom nära de nivåer som föreslagits i den rapport som Lehman Brothers utarbetat på WestLB:s uppdrag.

380 Kommissionen har även tillbakavisat delstatens argument att kommissionen underlät att beakta den verkliga avkastningen på investeringar i jämförbara företag och i stället, för första gången i sin beslutspraxis, hänvisade till den förväntade framtida avkastningen ur vilken en minimiavkastning härleddes, utan att nämna de prognoser som måste utföras och vilka väsentliga parametrar som beaktats. Kommissionen har medgivit att den i huvudsak beaktade den förväntade avkastningen, eftersom det är denna som styr investerarens val, men anser sig ha givit en ingående redogörelse i detta avseende (se, till exempel, skälen 162, 167, 171, 208 och 209 i det ifrågasatta beslutet).

381 Slutligen har kommissionen förnekat att den har underlåtit att beakta väsentliga argument som Förbundsrepubliken Tyskland har framfört. Det framgår av det ifrågasatta beslutet att kommissionen har gjort en mycket ingående och omfattande bedömning av de berördas samtliga påståenden och väsentliga argument (se, bland annat, skälen 121—138 i beslutet).

Förstainstansrättens bedömning

382 Vad gäller för det första motiveringen av kommissionens val att fastställa en grundavkastning efter skatt, skall det understrykas att den ersättning som WestLB faktiskt utgivit till delstaten motsvarar en avkastning efter erlagd bolagsskatt men före den skatt som investeraren skall betala. Den årliga ersättning som WestLB verkligen har betalat uppgår till 0,6 procent efter bolagsskatt eller 1,1 procent före bolagsskatt.

383 I förevarande fall har kommissionen emellertid fastställt stödets storlek med utgångspunkt i den ersättning efter erlagd bolagsskatt som skulle betalas till

delstaten enligt överenskommelse vid den omtvistade transaktionen, vilken sedan har jämförts med den ersättning som kommissionen ansåg rimlig för denna transaktion. Detta konstaterande följer för det första av tabell 7 i det ifrågasatta beslutet (skäl 232), i vilken den ”faktisk[a] ersättning[en] (efter skatt)” dras från den ”marknadsmässig[a] ersättning[en]” samt av uttalandet att ifrågavarande ersättning motsvarar den ”minimiersättning på 12 % [som] bör kunna förväntas” vilken anges i skäl 209 i det ifrågasatta beslutet. Detta följer även av skäl 69 samt av den sista meningen i skäl 121 i det ifrågasatta beslutet.

- 384 Om den verkliga ersättning som parterna kommit överens om vid den omtvistade transaktionen, vilken är utgångspunkten för kommissionens jämförelse, sålunda motsvarar en ersättning efter bolagsskatt men före den skatt som investeraren skall betala måste den av kommissionen fastställda rimliga ersättningen vara av samma art för att kunna användas vid beräkningen av stödets storlek. Sökandena och Förbundsrepubliken Tyskland kunde inte vara okunniga om denna omständighet, eftersom kommissionen inte endast gav en teoretisk redogörelse för sin ståndpunkt utan även beräknade de exakta stödbelopp som WestLB skulle återbetala enligt detta kriterium.
- 385 Dessutom är den omständigheten att det i fotnot 45 i det ifrågasatta beslutet hänvisas till ”nettoavkastningen” också relevant i detta hänseende. Det är en logisk följd av användandet av begreppet nettoavkastning i den analys som utförs i det ifrågasatta beslutet att detta begrepp skall anses innebära avkastning efter bolagsskatt men före den skatt som investeraren skall betala. Den omtvistade transaktionen har nämligen i det ifrågasatta beslutet bedömts med utgångspunkt i en privat investerares synsätt, enligt vilket det är avkastningen efter bolagsskatt som ligger till grund för valet av investeringar.
- 386 Sammanfattningsvis skall det anses att sökandena och Förbundsrepubliken Tyskland redan genom det ifrågasatta beslutets ordalydelse har kunnat komma till klarhet om att den grundavkastning som kommissionen har använt avser en

avkastning efter bolagsskatt men före den skatt som investeraren skall betala. Sökandenas argument att fastställelsen av en avkastning efter skatt är bristfälligt motiverad kan således inte godtas.

387 WestLB:s begäran att förstainstansrätten skall förordna om att kommissionen skall inkomma med samtliga utkast till det ifrågasatta beslutet för att kontrollera vilken typ av grundavkastning kommissionen har använt avslås. Dessa utkast är nämligen inte på något sätt av betydelse för den legalitetskontroll som förstainstansrätten skall utföra, då en analys av det ifrågasatta beslutets ordalydelse är tillräcklig för att avgöra huruvida kommissionen har fullgjort motiverings-skyldigheten i detta hänseende (se den rättspraxis som omnämnts ovan i punkt 92).

388 Vad för det andra gäller argumentet i sak avseende det förfarande för avräkning av bolagsskatt som gällde i Tyskland vid tidpunkten för den omtvistade transaktionen (nedan kallat avräkningsförfarandet), skall det undersökas huruvida den skattekredit som är en följd av nämnda förfarande skall beaktas som en beståndsdel av investerarens ersättning vid beräkningen av en rimlig ersättning för den omtvistade transaktionen.

389 Detta förfarande, som har till syfte att undvika en dubbelbeskattning av bolagsvinster, innebär i huvudsak att den skatt som bolaget har erlagt på sina vinster vid beräkningen av varje investerarens skattepliktiga inkomster inledningsvis fördelas på varje aktieägares vinst i förhållande till dennes aktieinnehav och således läggs på den vinstutdelning som denne faktiskt har mottagit. Storleken på investerarens inkomstskatt beräknas följaktligen utifrån summan av dessa belopp, men vid betalningen av skatten får investeraren i förhållande till sitt aktieinnehav göra gällande en skattekredit motsvarande den av bolaget erlagda vinstskatten, vilken avräknas från dennes skatteskuld.

390 Sökandena har gjort gällande att resultaten av kommissionens jämförelse av de olika typerna av avkastning snedvrids till förfång för dem och i strid med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi på grund av att skattekrediten inte medräknas som en beståndsdel av investerarens avkastning.

391 Det skall för det första understrykas att det, såsom det redan har klargjorts (se ovan punkt 386), följer av det ifrågasatta beslutets ordalydelse att den avkastning som kommissionen har använt motsvarar en avkastning efter bolagsskatt men före den skatt som investeraren skall betala och omfattar således endast den utdelning som denne faktiskt har erhållit. Den avkastning som kommissionen använde som utgångspunkt för sin beräkning omfattar följaktligen inte den skattecredit som en privat investerare kunde ha åtnjutit vid tidpunkten för den omtvistade transaktionen.

392 Det kan inte anses att kommissionen har gjort ett uppenbart oriktigt val. I motsats till vad som gäller för privata investerare är avräkningsförfarandet inte tillämpligt beträffande delstaten. Avräkningsförfarandet syftar nämligen endast till att kompensera för en eventuell dubbelbeskattning av bolagsvinster. Eftersom delstaten emellertid inte är skattskyldig för den vinstutdelning den mottar från WestLB blir inte denna utdelning föremål för dubbelbeskattning.

393 Under dessa omständigheter kan inte underlåtenheten att beakta skattekrediten vid beräkningen av en rimlig ersättning för delstatens investering medföra en snedvridning av kommissionens jämförelse. Sökandenas argument i denna fråga kan följaktligen inte godtas.

394 Vad för det tredje gäller motiveringen avseende storleken på den grundavkastning som kommissionen utgick från återfinns i det ifrågasatta beslutet endast en hänvisning härtill, nämligen i skäl 209 som har följande lydelse:

”Kommissionen har i sin granskning förutom sin egen erfarenhet beaktat flera uttalanden och undersökningar från investmentbanker och konsultföretag om faktisk och förväntad avkastning på eget kapital och investeringar, och även de synpunkter som de olika berörda parterna framfört. På grundval av dessa uppgifter, kommissionens relevanta erfarenheter, marknadsstatistik och tidigare beslut om kapital som staten ställt till förfogande utgår kommissionen i sina överväganden från att en minimiersättning på 12 % efter skatt bör kunna förväntas vid tiden för överföringen för denna investering....”

395 Det skall för det första konstateras att det inte av det ifrågasatta beslutets ordalydelse i sig är möjligt att få klarhet i vilka omständigheter och överväganden som har haft en väsentlig betydelse för kommissionens val av storlek på den avkastning som legat till grund för beräkningen av en rimlig ersättning. Kommissionen begränsade sig nämligen till att i det ifrågasatta beslutet ange de informationskällor som legat till grund för detta val, men återgav inte innehållet i denna information så att det klargjordes i vilken utsträckning och beträffande vilka överväganden kommissionen tog hänsyn till dessa källor då beslutet antogs.

396 Det kan för det andra inte anses att kommissionens val i detta hänseende förklaras genom de hänvisningar som gjorts i det ifrågasatta beslutet. Det skall nämligen påpekas i fråga om de ”uttalanden och undersökningar från investmentbanker och konsultföretag” samt de ”synpunkter som de olika berörda parterna framfört” att sådana allmänna hänvisningar till handlingar och synpunkter, genom vilka olika analyser med olika resultat görs gällande, inte klargör vilka skäl kommissionen hade för sitt val. Det skall dessutom under-

strykas att First Consultings rapport, vilken låg närmast den grundavkastning som kommissionen använt, inte tillhandahölls sökandena och Förbundsrepubliken Tyskland förrän alldeles innan det muntliga förfarandet i förevarande mål inleddes.

- 397 Genom hänvisningen till kommissionens egen ”erfarenhet” anges inte skälen för den vidtagna åtgärden på ett sådant sätt att förstainstansrätten kan utöva sin prövningsrätt och sökandena göra gällande sin rätt till försvar.
- 398 Vad gäller kommissionens ”tidigare beslut om kapital som staten ställt till förfogande” konstaterar förstainstansrätten att den enda tydliga hänvisningen i det ifrågasatta beslutet avser beslut 98/490 rörande Crédit Lyonnais. Såsom kommissionen har hävdat utgjorde emellertid hänvisningen till detta ärende endast ett exempel till stöd för kommissionens ståndpunkt i fråga om fastställelsen av grundavkastningen. Kommissionen klargjorde under alla omständigheter inte på något sätt i det ifrågasatta beslutet på vilket sätt den avkastning som krävts i ett annat sammanhang var av betydelse i förevarande fall.
- 399 För det tredje skall förstainstansrätten ta ställning till kommissionens argument att sökandena och Förbundsrepubliken Tyskland kunde ha förstått kommissionens val, eftersom de deltog i det administrativa förfarandet och med hänsyn till de kunskaper som WestLB i egenskap av ekonomisk aktör inom den aktuella sektorn besatt. Kommissionen har i detta hänseende betonat att kommissionens val av storlek på grundavkastningen var begripligt, mot bakgrund av att ett flertal sakkunnigutlåtanden utväxlats under det administrativa förfarandet och i synnerhet på grund av att storleken på denna avkastning låg mycket nära den avkastning som omnämndes i den rapport från Lehman Brothers vilken WestLB inlämnat.
- 400 Emellertid innebär inte den omständigheten att sökandena har deltagit i det administrativa förfarandet eller att WestLB är en ekonomisk aktör inom den

berörda sektorn att dessa har möjlighet att känna till skälen till kommissionens val av grundavkastning. Inte heller är den omständigheten, att WestLB har lämnat in en rapport i vilken en grundavkastning vars storlek låg nära den grundavkastning som kommissionen fastställt, i sig tillräcklig för att det ifrågasatta beslutet skall anses motiverat i detta hänseende. Blotta existensen av denna rapport, i vilken en annan analytisk metod användes och i vilken en annan slutlig avkastning än den i det ifrågasatta beslutet föreslogs och vars innehåll över huvud taget inte återges i detta beslut, kan inte befria kommissionen från dess skyldighet att ange skälen till varför avkastningen fastställdes till en viss storlek.

401 Vad gäller för det fjärde kommissionens argument att den inte enligt rättspraxis är skyldig att i detalj redovisa sina metoder eller informationskällor för sökandena eller att redogöra för det matematiska resonemang som har tillämpats i det enskilda fallet, skall det påpekas att detta påstående förvisso är riktigt. Förevarande mål angår emellertid inte ett sådant krav, varför den rättspraxis det hänvisats till inte kan ligga till grund för att anse det ifrågasatta beslutet tillräckligt motiverat med avseende på storleken på den aktuella avkastningen.

402 Kommissionen kritiseras nämligen inte för att den i det ifrågasatta beslutet underlät att ge en uttömmande redogörelse för det matematiska resonemang som tillämpades i förevarande fall utan helt enkelt för att den underlät att redogöra för de väsentliga överväganden som styrde kommissionens val i fråga om den aktuella avkastningens storlek.

403 Det skall slutligen betonas att det är av särskild vikt att motiveringsskyldigheten i detta hänseende iakttas, eftersom storleken på den grundavkastning som kommissionen krävde utgjorde en väsentlig faktor vid den beräkning av en rimlig ersättning för den omtvistade transaktionen som gjordes inom ramen för tillämpningen av principen om en privat investerare.

- 404 Av det ovan anförda följer att det ifrågasatta beslutets motivering inte uppfyller kraven i artikel 253 EG vad gäller bedömningen att den grundavkastning som användes vid beräkningen av en rimlig ersättning skulle uppgå till 12 procent. Sökandenas argument avseende bristfällig motivering i detta hänseende skall således godtas.
- 405 Förstainstansrätten kan följaktligen inte ta ställning till de olika argument som har anförts till stöd för påståendet att det ifrågasatta beslutet saknade grund i fråga om storleken på denna avkastning.

ii) Riskpåslag på 1,5 procent

Parternas argument

- 406 Sökandena anser att beslutet att fastställa riskpåslaget till 1,5 procent inte är tillräckligt motiverat. I det ifrågasatta beslutet hänvisas endast till First Consultings rapport utan att det ges några förklaringar angående kommissionens tolkning av denna rapport. Inte heller redogörs det, i fråga om det avkastningsintervall som kommissionen ansåg lämpligt, i fotnot 49 för varför den genomsnittliga nivån inom detta intervall skulle anses som en miniminivå. Sökandena har dessutom bestridit att kommissionens skrivelse rörande företaget Sidmar, vilken omnämns i fotnot 48 i det ifrågasatta beslutet, är relevant för fastställelsen av riskpåslaget. Enligt sökandena hade de inte kännedom om denna skrivelse innan förevarande förfarande inleddes och de har gjort gällande att dess innehåll saknar betydelse för detta förfarande.

- 407 Sökandena har anfört att det saknas grund för de argument som kommissionen har framfört till stöd för att höja grundnivån på den rimliga ersättningen. WestLB har i detta hänseende begärt att förstainstansrätten skall förordna om att kommissionen skall uppge namnet på den amerikanska bank som kommissionen omnämnde i fotnot 47 i det ifrågasatta beslutet samt redogöra för de konkreta omständigheterna vid det där aktuella kapitaltillskottet.
- 408 Kommissionen har med stöd av BdB tillbakavisat påståendet avseende bristfällig motivering och har vidhållit att det fanns goda grunder för det ifrågasatta beslutet i detta hänseende.
- 409 Enligt kommissionen redogjorde den i skälen 210 och 215 i det ifrågasatta beslutet i detalj för vilka faktorer som skulle beaktas då riskpåslaget fastställdes till 1,5 procent samt för deras betydelse och inverkan på den ersättning som en privat investerare i en marknadsekonomi skulle kräva för sitt kapitaltillskott. Med hänsyn till de överväganden som det redogjorts för i det ifrågasatta beslutet anser kommissionen att det utan vidare framgick varför denna hade valt genomsnittet av de båda övre och nedre nivåerna som kommissionens expert angivit. De faktorer som ligger till grund för att en höjning av ersättningsnivån krävs ligger även till grund för beräkningen av storleken på denna höjning. Eftersom det inte finns någon matematisk formel för att exakt beräkna storleken på denna höjning är kommissionen tvungen att göra en skönsmässig bedömning.
- 410 Kommissionen har vidare anfört att eftersom alla beräkningar för att fastställa en rimlig ersättning har utförts på grundval av värden efter skatt är det logiskt att riskpåslaget på 1,5 procent med nödvändighet också är ett värde efter bolagskatt.
- 411 Kommissionen har dessutom betonat att den i fotnot 48 i det ifrågasatta beslutet hänvisade till den skrivelse som den 25 juli 1984 hade tillställts den belgiska staten rörande företaget Sidmar. I denna skrivelse hade kommissionen angivit att på grund av att aktier utan rösträtt måste ges en preferensutdelning som är högre

än den normala utdelningen är det motiverat med en höjning på 2 procent för alla tillskott av kapital som inte ger upphov till rösträtt. Enligt kommissionen informerades sökandena under det administrativa förfarandet om den beslutspraxis som kommissionen följde i det ifrågasatta beslutet. Sammanfattningsvis har kommissionen anfört att mot bakgrund av den låga procentsats som tillämpats, hänvisningen till den ovannämnda skrivelsen och de ingående diskussioner som ägt rum rörande de omständigheter som skulle beaktas, kunde sådana erfarna investerare som WestLB och delstaten utan svårighet förstå kommissionens beslut utan att denna redogjorde för sitt tillvägagångssätt.

- 412 Kommissionen har slutligen åberopat den rättspraxis som omnämnts ovan i punkt 375 till stöd för sin ståndpunkt avseende det ifrågasatta beslutets motivering av den aktuella höjningen.

Förstainstansrättens bedömning

- 413 Förstainstansrätten konstaterar, vad gäller motiveringen av påslaget på 1,5 procent på grundavkastningen, att det i skälen 210 och 215 i det ifrågasatta beslutet redogörs för anledningen till att kommissionen ansåg att grundavkastningen borde höjas. Motiveringen till att påslaget fastställts som en procentsats efter skatt följer logiskt av den omständigheten att kommissionen likaså hade fastställt grundavkastningen till en procentsats efter skatt.
- 414 Vad gäller storleken på själva påslaget skall det emellertid påpekas att det i fotnot 49 i det ifrågasatta beslutet hänvisas till First Consultings rapport. I denna fotnot anges endast att det i denna rapport, vilken framställs som ett ”expertutlåtande som utarbetats på uppdrag av kommissionen”, ”understryks att en [privat investerare i en marknadsekonomi] för var och en av dessa särskilda omständigheter [som omnämnts i det ifrågasatta beslutet] skulle förvänta ett påslag, och rekommenderar ett påslag på 1—2 procentenheter för alla tre aspekter tillsammans”.

415 I fotnot 48 i nämnda beslut anges dessutom följande:

”Det faktum att aktier utan rösträtt måste ges en preferensutdelning som är högre än den normala utdelningen, har kommissionen redan konstaterat i några beslut (se t.ex. kommissionens skrivelse av den 25 juli 1984 till den belgiska staten beträffande företaget Sidmar).”

416 Det är emellertid uppenbart att det inte utifrån det ifrågasatta beslutets ordalydelse är möjligt att förstå kommissionens resonemang vid valet av procentsats för det riskpåslag som tillämpats i förevarande fall. Sökandena har dessutom inte haft tillgång till vare sig First Consultings rapport eller skrivelsen beträffande företaget Sidmar före det att talan väcktes utan har fått ta del av dessa handlingar först alldeles innan det muntliga förfarandet i förevarande mål inleddes. Vidare angår denna skrivelse, som är från juli 1984, ett belgiskt stålindustriföretag, och det är omöjligt att förstå varför ett resonemang som tillämpats beträffande detta företag vid denna tidpunkt skulle vara giltigt beträffande den omtvistade transaktionen.

417 Det argument som kommissionen framfört med stöd av den rättspraxis som omnämnts ovan i punkt 375 skall underkännas av samma skäl som angivits ovan i punkterna 401 och 402. Dessutom är de krav beträffande motiveringen som ställs i denna rättspraxis inte uppfyllda vad gäller bedömningen av påslagets storlek.

418 Av det ovan anförda följer att det ifrågasatta beslutet inte uppfyller kraven i artikel 253 EG vad gäller påslaget på 1,5 procent på den grundavkastning som använts för att beräkna en rimlig ersättning. Sökandenas anmärkning avseende bristande motivering i detta hänseende skall följaktligen godtas.

- 419 Förstainstansrätten kan följaktligen inte ta ställning till de argument som framförts i frågan huruvida det fanns goda grunder för det ifrågasatta beslutet i detta avseende. Under dessa omständigheter är det inte längre nödvändigt att pröva sökandenas begäran i mål T-228/99, att förstainstansrätten skall förordna om att kommissionen skall uppge namnet på den amerikanska bank som kommissionen omnämnde i fotnot 47 i det ifrågasatta beslutet samt redogöra för de konkreta omständigheterna vid det där aktuella kapitaltillskottet.

VI — Slutsatser

- 420 Det har vid prövningen av samtliga grunder i förevarande mål framkommit att det ifrågasatta beslutet är bristfälligt motiverat i fråga om två faktorer som har legat till grund för beräkningen av en rimlig ersättning för den omtvistade transaktionen, nämligen grundavkastningen på 12 procent respektive påslaget med 1,5 procent på denna grundavkastning (se ovan punkterna 394—404 och 414—418). Förstainstansrätten anser att dessa båda faktorer är av väsentlig betydelse med beaktande av det ifrågasatta beslutets allmänna systematik. Nämda beslut skall följaktligen ogiltigförklaras.

Rättegångskostnader

- 421 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Sökandena har yrkat att kommissionen skall ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom kommissionen har tappat målet skall den bära sin rättegångskostnad och förpliktas att ersätta sökandenas rättegångskostnader.
- 422 Enligt artikel 87.4 i rättegångsreglerna skall Förbundsrepubliken Tyskland bära sin rättegångskostnad. BdB, som i egenskap av intervenient har tappat målet, skall bära sin rättegångskostnad.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(andra avdelningen i utökad sammansättning)

följande dom:

- 1) Kommissionens beslut 2000/392/EG av den 8 juli 1999 om en åtgärd som Förbundsrepubliken Tyskland genomfört till förmån för Westdeutsche Landesbank Girozentrale ogiltigförklaras.
- 2) Kommissionen skall ersätta sökandenas rättegångskostnader och bära sin rättegångskostnad.
- 3) Förbundsrepubliken Tyskland och Bundesverband deutsche Banken eV (Bdb) skall bära sina rättegångskostnader.

Moura Ramos

Tiili

Pirrung

Mengozi

Meij

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 6 mars 2003.

H. Jung

R.M. Moura Ramos

Justitiesekreterare

Ordförande

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten	II- 447
I — Kontext	II- 447
A — Kraven på kapitalbas enligt kapitalbasdirektivet och enligt kapitaltäckningsdirektivet	II- 448
B — WestLB	II- 449
C — WfA	II- 450
D — WfA:s införlivande med WestLB	II- 451
II — Administrativt förfarande	II- 454
III — Det ifrågasatta beslutet	II- 456
A — Allmän bedömning	II- 458
B — Bedömning av vad som utgjorde rimlig ersättning för kapitalet	II- 461
Förfarandet och parternas yrkanden	II- 466
Prövning i sak	II- 469
I — Den första grunden: Huruvida kommissionen saknade behörighet att anta det ifrågasatta beslutet	II- 471
A — Parternas argument	II- 471
B — Förstainstansrättens bedömning	II- 474
II — Den andra grunden: Huruvida rätten till försvar har åsidosatts	II- 478
A — Parternas argument	II- 478
B — Förstainstansrättens bedömning	II- 481
III — Den tredje grunden: Huruvida väsentliga formföreskrifter har åsidosatts	II- 485
A — Den första delgrunden: Förbundsrepubliken Tysklands rätt att bli hörd ..	II- 485
1. Parternas argument	II- 485
2. Förstainstansrättens bedömning	II- 487
B — Den andra delgrunden: Huruvida kommissionens fastställelse av de faktiska omständigheterna är felaktig	II- 493
1. Parternas argument	II- 493
2. Förstainstansrättens bedömning	II- 494

C — Den tredje delgrunden: Huruvida neutralitetsprincipen har åsidosatts	II- 495
1. Parternas argument	II- 495
2. Förstainstansrättens bedömning	II- 495
IV— Den fjärde grunden: Huruvida artiklarna 87.1 EG och 295 EG har åsidosatts genom tolkningen av begreppet statligt stöd	II- 496
A — Den första delgrunden: Huruvida statliga medel har använts	II- 497
1. Parternas argument	II- 497
2. Förstainstansrättens bedömning	II- 499
B — Den andra delgrunden: Huruvida kommissionen rättsstridigt har utvidgat begreppet statligt stöd	II- 500
1. Åsidosättande av artikel 295 EG	II- 501
a) Parternas argument	II- 501
b) Förstainstansrättens bedömning	II- 502
2. Tillämpning av principen om en privat investerare i en marknads-ekonomi på ett lönsamt företag	II- 505
a) Parternas argument	II- 505
b) Förstainstansrättens bedömning	II- 507
3. Kravet på en inom den berörda sektorn genomsnittlig avkastning på det kapital som den offentliga investeraren tillskjutit	II- 509
a) Parternas argument	II- 509
i) Frågan huruvida kravet på en genomsnittlig avkastning strider mot artikel 87.1 EG	II- 510
ii) Motsägelsen mellan det ifrågasatta beslutet och kommissionens meddelande av år 1993, kommissionens tidigare praxis och rättspraxis	II- 514
iii) Åsidosättande av artikel 295 EG genom kravet på en genomsnittlig avkastning	II- 515
b) Förstainstansrättens bedömning	II- 518

V — Den femte och den sjätte grunden: Huruvida kommissionen gjort sig skyldig till åsidosättande av motiveringsskyldigheten och åsidosättande av artiklarna 87.1 EG och 295 EG vad gäller, för det första, bedömningen av förekomsten av statliga medel, för det andra, konstaterandet att den omtvistade transaktionen medför en snedvridning av konkurrensen och en påverkan på handeln mellan medlemsstaterna och, för det tredje, tillämpningen av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi	II- 527
A — Den första delgrunden: Huruvida kommissionen har åsidosatt motiveringsskyldigheten vad gäller bedömningen av förekomsten av statliga medel ..	II- 529
1. Parternas argument	II- 529
2. Förstainstansrättens bedömning	II- 529
B — Den andra delgrunden: Huruvida kommissionen har åsidosatt motiveringsskyldigheten och artikel 87.1 EG vid bedömningen av huruvida den omtvistade transaktionen medför en snedvridning av konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna	II- 530
1. Parternas argument	II- 530
2. Förstainstansrättens bedömning	II- 532
C — Den tredje delgrunden: Huruvida kommissionen har åsidosatt artiklarna 87.1 EG och 295 EG vad gäller tillämpningen av principen om en privat investerare i en marknadsekonomi och huruvida den har åsidosatt motiveringsskyldigheten vad gäller vissa faktorer som beaktats vid beräkningen av en rimlig ersättning	II- 535
1. Underlåtenhet att beakta den omtvistade transaktionens särdrag	II- 536
a) Parternas argument	II- 536
b) Förstainstansrättens bedömning	II- 538
2. Rimlig ersättning för det belopp på 3,4 miljarder DEM av Wfa-kapitalet som inte kan användas som garanti för WestLB:s egen verksamhet	II- 546
a) Parternas argument	II- 546
b) Förstainstansrättens bedömning	II- 547

3. Rimlig ersättning för det belopp på 2,5 miljarder DEM av WfA-kapitalet som kan användas som garanti för WestLB:s egen verksamhet	II- 549
a) Jämförbarhet mellan överföringen av WfA:s tillgångar och instrument för eget kapital	II- 549
Parternas argument	II- 549
Förstainstansrättens bedömning	II- 550
b) Nödvändigheten av att öka delstatens innehav i WestLB	II- 551
Parternas argument	II- 551
Förstainstansrättens bedömning	II- 551
c) Slutlig avkastning på 9,3 procent	II- 552
i) Grundavkastning på 12 procent	II- 552
Parternas argument	II- 552
Förstainstansrättens bedömning	II- 559
ii) Riskpåslag på 1,5 procent	II- 566
Parternas argument	II- 566
Förstainstansrättens bedömning	II- 568
VI — Slutsatser	II- 570
Rättegångskostnader	II- 570