

SENTENZA DEL TRIBUNALE (Seconda Sezione ampliata)
6 marzo 2003 *

Nelle cause riunite T-228/99 e T-233/99,

Westdeutsche Landesbank Girozentrale, con sede in Düsseldorf (Germania),
rappresentata dall'avv. F. Montag, con domicilio eletto in Lussemburgo,

Land Nordrhein-Westfalen, rappresentato dall'avv. M. Schütte, con domicilio
eletto in Lussemburgo,

ricorrenti,

* Lingua processuale: il tedesco.

sostenuti da

Repubblica federale di Germania, rappresentata dal sig. W.-D. Plessing, in qualità di agente, assistito dall'avv. H.-F. Wissel,

interveniente,

contro

Commissione delle Comunità europee, rappresentata dai sigg. K.-D. Borchardt e V. Kreuschitz, in qualità di agenti, con domicilio eletto in Lussemburgo,

convenuta,

sostenuta da

Bundesverband deutscher Banken eV, con sede in Berlino (Germania), rappresentato dall'avv. H.-J. Niemeyer,

interveniente,

avente ad oggetto una domanda di annullamento della decisione della Commissione 8 luglio 1999, 2000/392/CE, relativa alla misura alla quale la Repubblica federale di Germania ha dato esecuzione in favore di Westdeutsche Landesbank — Girozentrale (GU 2000, L 150, pag. 1),

IL TRIBUNALE DI PRIMO GRADO
DELLE COMUNITÀ EUROPEE (Seconda Sezione ampliata),

composto dal sig. R.M. Moura Ramos, presidente, dalla sig.ra V. Tiili, dai sigg. J. Pirrung, P. Mengozzi e A.W.H. Meij, giudici,

cancelliere: sig.ra D. Christensen, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito alla trattazione orale del 5 e 6 giugno 2002,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

Antefatti della controversia

I — Ambito della controversia

- 1 I presenti procedimenti hanno ad oggetto l'integrazione della Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen (in prosiegua: la «WfA»), nella Westdeutsche Landesbank Girozentrale (in prosiegua: la «WestLB») (in prosiegua: il «trasferimento» o la «transazione controversa»).

A — Requisiti in materia di capitali propri imposti dalla direttiva sui fondi propri e dalla direttiva sulla solvibilità

- 2 Conformemente alla direttiva del Consiglio 18 dicembre 1989, 89/647/CEE, relativa al coefficiente di solvibilità degli enti creditizi (GU L 386, pag. 14), e alla direttiva del Consiglio 17 aprile 1989, 89/299/CEE, concernente i fondi propri degli enti creditizi (GU L 124, pag. 16), le banche devono disporre di una copertura di capitale pari all'8% dei loro attivi ponderati in base al rischio e delle operazioni a rischio fuori bilancio. A seguito di tali direttive, modifiche al Kreditwesengesetz (legge tedesca sugli istituti di credito) sono state effettuate il 1° gennaio 1992 e i nuovi requisiti sono entrati in vigore il 30 giugno 1993.

- 3 Per quanto riguarda la nuova soglia dell'8%, stabilita da queste direttive, almeno metà deve consistere in «fondi propri del nucleo originale», che comprendono quote di capitale a disposizione dell'ente creditizio per uso immediato ed illimitato allo scopo di coprire perdite eventuali. Il nucleo centrale dei fondi propri è di importanza decisiva per la dotazione totale di fondi propri di una banca ai fini della legislazione prudenziale, poiché i fondi propri complementari o capitale di livello due sono riconosciuti, ai fini della copertura delle operazioni di rischio di una banca, solo per un importo pari a quello del nucleo centrale.

- 4 Inoltre, le dimensioni dei fondi propri limitano la capacità di una banca ad assumere grandi rischi. All'epoca del trasferimento della Wfa, ai sensi dell'art. 13 del Kreditwesengesetz, un grande fido singolo non poteva superare il 50% dei fondi propri della banca ed il totale dei fidi che superavano il 15% dei fondi propri non poteva essere superiore ad otto volte i fondi propri dell'ente creditizio. Una modifica al Kreditwesengesetz nel 1994 per allinearla alla direttiva del

Consiglio 21 dicembre 1992, 92/121/CEE, sulla vigilanza ed il controllo dei grandi fidi degli enti creditizi (GU 1993, L 29, pag. 1), ha ridotto il fido massimo al 25% dei fondi propri di una banca e stabilisce che la somma dei fondi dei grandi fidi che superano il 10% dei fondi propri di una banca non possa essere superiore ad otto volte il totale dei fondi propri.

- 5 Inoltre, l'art. 12 della seconda direttiva del Consiglio 15 dicembre 1989, 89/646/CEE, sul coordinamento di leggi, regolamenti e disposizioni amministrative riguardanti l'accesso all'attività degli enti creditizi e al suo esercizio e recante modifica della direttiva 77/780/CEE (GU L 386, pag. 1) limita la dimensione delle partecipazioni negli altri istituti di credito e finanziari. L'art. 12 del Kreditwesengesetz, una disposizione che non si basa sulla legislazione europea, ma che vige anche in altri Stati membri, limita l'importo totale degli investimenti a lungo termine, incluse le partecipazioni in istituti non finanziari, all'importo totale dei fondi propri. Le banche tedesche avevano tempo fino al 30 giugno 1993 per adeguarsi ai nuovi requisiti di capitale.

B — *La WestLB*

- 6 La WestLB, è un istituto di credito di diritto pubblico ai sensi della legislazione del Land Nordrhein-Westfalen (in prosieguo: il «Land»). Il 31 dicembre 1991 i fondi propri riconosciuti della WestLB ammontavano a DEM 5,1 miliardi. Ai sensi della legislazione di tale Land, la WestLB ha una tripla funzione. Funge da banca centrale per le casse di risparmio locali di questo Land e dal 17 luglio 1992, anche per quelle del Land Brandeburgo. Essa svolge le funzioni di una banca statale e comunale, effettuando, in particolare, operazioni finanziarie per conto dei suoi azionisti. Essa svolge, infine, le normali attività di banca.

- 7 La WestLB è al 100% di proprietà pubblica. Il suo principale azionista è il Land Nordrhein-Westfalen (43,2%), gli altri azionisti sono il Landschaftsverband Rheinland e il Landschaftsverband Westfalen-Lippe (consorzio di comuni dei Länder Renania e Westfalen-Lippe) che detengono ciascuna l'11,7% del capitale, nonché il Rheinischer Sparkassen- und Giroverband e il Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband (consorzio di casse di risparmio dei Länder Renania e Westfalen-Lippe) che detengono il 16,7% ciascuna. Questa struttura proprietaria esistente al momento del trasferimento è rimasta immutata fino alla data del trasferimento e almeno fino all'8 luglio 1999.
- 8 Al momento del trasferimento, il gruppo WestLB si collocava al terzo posto fra gli istituti di credito tedeschi dietro la Deutsche Bank AG e la Dresdner Bank AG per il suo volume patrimoniale. Il gruppo WestLB offre servizi finanziari alle imprese ed alle istituzioni pubbliche ed è attivo anche sui mercati dei capitali internazionali, in parte con operazioni in proprio ed in parte operando con titoli di altri emittenti. Come molte altre banche universali tedesche, la WestLB detiene partecipazioni in istituti finanziari e in imprese. Peraltro nel 1997 la WestLB ha svolto una parte importante delle sue attività fuori della Repubblica federale di Germania.

C — *La WfA*

- 9 La Wfa venne costituita nel 1957 e fino al 31 dicembre 1991 funzionava come un'ente di diritto pubblico tedesco: come tale aveva personalità giuridica. Il suo capitale nominale era di DEM 100 milioni, e il Land ne era l'unico azionista. Ai sensi della legislazione la Wfa si dedicava esclusivamente alla promozione dell'edilizia abitativa concedendo mutui a basso tasso di interesse o a tasso zero. In quanto ente non a scopo di lucro, essa era esentata dal pagamento dell'imposta sul reddito delle società, dell'imposta sul patrimonio e dell'imposta sul capitale di esercizio.

- 10 In quanto ente di diritto pubblico la WfA godeva della responsabilità istituzionale e della responsabilità del garante per la totalità delle sue passività. Queste garanzie non sono venute meno in seguito al trasferimento.

D — *Integrazione della WfA nella WestLB*

- 11 Conformemente al Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung (legge che disciplina la promozione edilizia) adottato il 18 dicembre 1991 dal parlamento del Land, la WfA è stata trasferita alla WestLB il 1° gennaio 1992.
- 12 Secondo la motivazione della legge di trasferimento, la ragione risiedeva nella necessità di aumentare i fondi propri della WestLB allo scopo di consentire all'istituto di credito di conformarsi ai requisiti di capitale più rigidi che entravano in vigore il 30 giugno 1993. Inoltre combinando le attività di promozione dell'edilizia della WfA e della WestLB, veniva indicato un aumento della loro efficienza.
- 13 Nell'ambito del trasferimento, il Land ha cancellato la garanzia della WfA per circa DEM 7,4 miliardi per le sue passività in relazione ai fondi raccolti per la promozione dell'edilizia.
- 14 La WestLB è divenuta il successore legale universale della WfA (eccetto per la responsabilità della WfA nei confronti del Land per debiti contratti ai fini della promozione edilizia, che è stata cancellata precedentemente al trasferimento). La WfA è diventata un ente giuridico pubblico indipendente dal punto di vista

organizzativo ed economico senza capacità giuridica all'interno della WestLB. Il capitale nominale e le riserve della Wfa devono essere indicati nel bilancio della WestLB come riserva speciale. Il Land è rimasto responsabile per il passivo della Wfa a norma della sua responsabilità istituzionale e del garante.

- 15 Il patrimonio della Wfa trasferito, vale a dire il capitale nominale, le riserve di capitale, il fondo per la promozione dell'edilizia ed i rimanenti crediti della Wfa, nonché i futuri rimborsi di prestiti alla costruzione, continuano a mantenere la vocazione di promozione per l'edilizia ai sensi dell'art. 2, n. 16, secondo comma, della legge menzionata supra al punto 11; anche dopo il trasferimento alla WestLB. La stessa norma ha stabilito che le attività trasferite servono al tempo stesso come capitale di copertura ai sensi del Kreditwesengesetz e, di conseguenza, della direttiva 89/299, sulla cui base viene effettuato il calcolo per il coefficiente di solvibilità di una banca. Pertanto, esse servono anche a sostenere le attività commerciali e competitive della WestLB.
- 16 In occasione del trasferimento, gli azionisti della WestLB hanno modificato l'accordo di copertura e deciso di mantenere costante il patrimonio finalizzato al sostegno dell'edilizia, anche se la WestLB avesse dovuto subire perdite che intaccassero il capitale iniziale. Il capitale della Wfa doveva essere destinato a garanzia sul piano interno solo dopo che il capitale restante della WestLB fosse stato destinato a garanzia. È stato chiarito nell'accordo che la responsabilità istituzionale degli azionisti della WestLB copriva anche la riserva speciale dalla Wfa. In caso di chiusura della WestLB, il Land avrebbe un diritto privilegiato sull'importo del capitale della Wfa. È stato anche dichiarato che l'aumento della base di capitale della WestLB attraverso l'integrazione della Wfa costituisce una prestazione in equivalente monetario del Land e che il livello della remunerazione doveva essere convenuto tra gli azionisti una volta disponibili i primi risultati finanziari per gli esercizi a partire dal 1992. Tale decisione è stata successivamente oggetto di un avviso di protocollo all'accordo di copertura in data 11 novembre 1993. Vi era previsto che la WestLB avrebbe versato al Land, in caso di utili, una remunerazione annuale dello 0,6% al netto delle imposte per la parte di capitale della Wfa utilizzabile a titolo di garanzia delle operazioni della WestLB.

- 17 Nonostante questo accordo interno a garanzia del patrimonio della Wfa non viene data alcuna priorità all'una o all'altra delle sue funzioni, cioè da un lato la vocazione al sostegno della costruzione di abitazioni e dall'altro la qualità di capitale di copertura dei rischi della WestLB, che verrebbe attivata nelle relazioni esterne dalla WestLB, cioè nei rapporti tra questa e i suoi creditori. La WestLB può disporre del patrimonio della Wfa in maniera illimitata ed immediata per coprire perdite o, in caso di fallimento, per soddisfare creditori.
- 18 Nel contratto di gestione per quanto riguarda la legge che disciplina la promozione dell'edilizia tra il Land e la WestLB è stabilito che quest'ultima utilizzerà la riserva speciale per sostenere la propria attività solo in quanto viene assicurato il rispetto delle funzioni legali della Wfa.
- 19 La Wfa ha perso la propria autonomia giuridica divenendo un comparto della WestLB per il sostegno della costruzione di abitazioni. Tuttavia, la sua attività non è stata inserita operativamente nella WestLB. La Wfa è rimasta un'entità distinta all'interno della WestLB sotto la denominazione «Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen — Anstalt der Westdeutschen Landesbank Girozentrale» (istituto per la promozione dell'edilizia — istituto della WestLB). Questa nuova divisione «promozione dell'edilizia» è inclusa nella contabilità della WestLB, ma pubblica anche conti separati propri. Il dipartimento per la promozione edilizia della WestLB esistente precedentemente è stato fuso con la Wfa.
- 20 Il patrimonio della Wfa trasferito alla WestLB costituito da capitale sociale, riserve, altri elementi dell'attivo ed utili futuri, è rimasto finalizzato al sostegno della costruzione di abitazioni, comportando quindi una gestione separata dalle altre attività della WestLB. Inoltre, tale separazione è necessaria affinché l'attività svolta nel quadro del sostegno alla costruzione di abitazioni continui ad essere riconosciuta come socialmente utile ai sensi della normativa fiscale tedesca. Le agevolazioni fiscali di cui godeva la Wfa non sono state eliminate.

II — Procedimento amministrativo

- 21 Con una denuncia del 23 marzo 1993, il Bundesverband deutscher Banken eV (federazione delle banche tedesche; in prosieguo: il «BdB»), che rappresenta circa 300 banche private con sede in Germania, ha chiesto alla Commissione di avviare la procedura ai sensi dell'art. 226 CE nei confronti della Repubblica federale di Germania. Il BdB sosteneva che il Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (ufficio federale di vigilanza) avrebbe violato l'art. 4, n. 1, della direttiva 89/299, nel riconoscere come fondi propri della WestLB il patrimonio della Wfa, che si era fusa con la WestLB.
- 22 Con lettera 31 maggio 1994, il BdB aveva informato la direzione generale «Concorrenza» (DG IV), della Commissione, del trasferimento patrimoniale in questione che rappresentava anche un'alterazione delle condizioni di concorrenza a favore della WestLB. In data 21 dicembre 1994 presentava una denuncia formale alla Commissione invitandola ad avviare una procedura ai sensi dell'art. 88, n. 2, CE nei confronti della Repubblica federale di Germania. Nel febbraio e nel marzo 1995 e nel dicembre 1996 dieci banche, membri del BdB, si associavano alla denuncia di quest'ultima.
- 23 Per poter giudicare se il suddetto trasferimento patrimoniale configuri un aiuto di Stato, la Commissione ha chiesto informazioni alle autorità federali tedesche con lettere 12 gennaio, 9 febbraio, 10 novembre e 13 dicembre 1993, e poi 16 gennaio 1996. Queste informazioni sono state comunicate con lettere 2 febbraio e 16 marzo 1993, 8 marzo 1994, 12 e 26 aprile 1996 e 14 gennaio 1997. Varie parti interessate hanno inviato a loro volta lettere e documentazione. Rappresentanti della Commissione si sono incontrati a più riprese con rappresentanti delle autorità tedesche, della WestLB e di altre Landesbanken, nonché degli autori della denuncia.

- 24 Dopo questo scambio di informazioni la Commissione, con decisione 1° ottobre 1997, ha avviato il procedimento previsto dall'art. 88, n. 2, CE (in prosieguo: la «decisione di avvio del procedimento»). In tale decisione la Commissione era giunta alla conclusione che la misura in questione costituiva verosimilmente un aiuto ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE e che essa aveva bisogno di ulteriori informazioni per poter procedere all'esame dei fatti. Si trattava anzitutto di indicazioni concernenti le iniziative prese dal Land per assicurare una adeguata partecipazione ai profitti che la WestLB poteva ulteriormente generare sulla base dell'aumento di capitale; informazioni sugli effetti dell'assenza di liquidità del capitale trasferito, poiché l'influenza del Land sulla WestLB non è aumentata e per la natura preferenziale della remunerazione fissata e informazioni su qualsiasi altro aspetto determinante un appropriato livello di remunerazione; infine, informazioni sul livello del capitale della Wfa disponibile per sostenere le attività commerciali della WestLB, sul valore del relativo importo che figura nello stato patrimoniale della WestLB, sulle esenzioni fiscali, sulla cancellazione dei debiti, sulla redditività della WestLB ed il ruolo delle presunte sinergie.
- 25 La decisione di avviare il procedimento ai sensi dell'art. 88, n. 2, CE venne trasmessa al governo tedesco con lettera 23 ottobre 1997. La rimozione dei dati riservati in vista della pubblicazione è stata decisa con lettere 7 e 25 novembre e 2 dicembre 1997. Il governo tedesco ha presentato le sue osservazioni con lettera 27 febbraio 1998, dopo una proroga del termine, richiesta con lettera 19 novembre e concessa con lettera 1° dicembre 1997.
- 26 La decisione della Commissione di avviare il procedimento è stata pubblicata nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* il 5 maggio 1998 (GU C 140, pag. 9). La Commissione ha invitato le parti interessate a presentare le proprie osservazioni sulla misura in questione. La Commissione ha ricevuto osservazioni da parte della WestLB (19 maggio 1998), dell'Association française des banques (26 maggio 1998), della British Bankers' Association (2 giugno 1998) e del BdB (4 giugno 1998). Essa le ha trasmesse al governo tedesco con lettera 15 giugno 1998, per consentire a quest'ultimo di prendere posizione, che sono pervenute con lettera in data 11 agosto 1998.

- 27 Il 15 gennaio e il 16 settembre 1998 si sono svolte riunioni con i rappresentanti del BdB e il 9 settembre 1998 con i rappresentanti della WestLB. Con lettera 22 settembre 1998 i servizi della Commissione hanno invitato le autorità tedesche, la WestLB e il BdB ad una riunione comune sui vari aspetti del caso. Il BdB ha fornito ulteriori informazioni con lettera 30 ottobre 1998. La riunione con queste tre parti si è svolta il 10 novembre 1998.
- 28 In seguito a tale riunione i servizi della Commissione hanno chiesto ulteriori informazioni e documenti alle autorità tedesche, nonché al BdB con lettera 16 novembre 1998. Dopo una proroga del termine, il BdB ha fornito le informazioni richieste con lettera 14 gennaio 1999. Dopo una proroga del termine le autorità tedesche hanno fornito informazioni con due lettere 15 gennaio 1999 e con una lettera 7 aprile 1999. Dato che le autorità tedesche rifiutavano di fornire alcuni dati alla Commissione, quest'ultima ha invitato il governo tedesco a fornire tali informazioni con decisione 3 marzo 1999, notificata al governo tedesco con lettera 24 marzo 1999. Dopo una proroga del termine, il governo tedesco ha dato seguito a tale decisione con lettera 22 aprile 1999.
- 29 La Commissione ha ordinato uno studio indipendente sull'adeguata remunerazione che il Land avrebbe dovuto chiedere per il trasferimento della Wfa alla WestLB. La società di consulenza prescelta (First Consulting) ha inoltre partecipato alla riunione con le tre parti in causa il 10 novembre 1998.

III — La decisione impugnata

- 30 In data 8 luglio 1999, la Commissione ha adottato la sua decisione 2000/392/CE, relativa alla misura alla quale la Repubblica federale di Germania ha dato esecuzione in favore della Westdeutsche Landesbank Girozentrale (WestLB)

(GU 2000, L 150, pag. 1; in prosieguo: la «decisione impugnata»). La decisione è stata notificata il 4 agosto 1999 alla Germania che l'ha comunicata al Land con lettera 6 agosto 1999. Il Land ha informato la WestLB con lettera 9 agosto 1999 la quale è pervenuta alla WestLB lo stesso giorno. Nel suo dispositivo la decisione recita:

«Articolo 1

L'aiuto di Stato al quale la Germania ha dato esecuzione in favore di Westdeutsche Landesbank Girozentrale, per un importo totale di 1 579 700 000 DEM (807 700 000 EUR) negli anni dal 1992 al 1998, è incompatibile con il mercato comune.

Articolo 2

1. La Repubblica federale di Germania prende tutti i provvedimenti necessari per recuperare dal beneficiario l'aiuto di cui all'articolo 1, già posto illegalmente a sua disposizione.

2. Il recupero viene eseguito senza indugio e secondo le procedure del diritto interno. L'aiuto da recuperare comprende gli interessi che decorrono dalla data in cui l'aiuto è divenuto disponibile per il beneficiario fino alla data del recupero. Gli interessi sono calcolati sulla base del tasso di riferimento utilizzato per calcolare l'equivalente sovvenzione nell'ambito degli aiuti a finalità regionali.

Articolo 3

Entro due mesi dalla notifica della presente decisione, la Germania informa la Commissione, circa i provvedimenti presi per conformarvisi.

(...)».

A — Analisi generale

- 31 Nei punti della decisione impugnata la Commissione espone la sua valutazione del provvedimento di cui trattasi. Può essere riassunta come segue.
- 32 Innanzi tutto, quanto alla distorsione di concorrenza e agli effetti sul commercio tra gli Stati membri, la Commissione sostiene che la WestLB offre i propri servizi bancari in concorrenza con altre banche europee fuori dalla Germania e all'interno della Germania. Così, è certo che l'aiuto dato alla WestLB distorce la concorrenza e incide sugli scambi tra gli Stati membri. Ad avviso della convenuta poiché una banca, per operare ed espandere le proprie attività commerciali deve possedere un capitale riconosciuto sufficiente, le possibilità operative offerte alla WestLB sono state direttamente influenzate dalla misura di Stato, che garantisce la solvibilità della WestLB.

- 33 La Commissione, poi, ritiene che l'operazione di cui trattasi costituisca un trasferimento di capitali pubblici ad un'impresa. Questi capitali, poiché hanno un valore commerciale, e non sono accompagnati da remunerazione sufficiente, sono risorse statali ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE.
- 34 Allo scopo di accertare se il trasferimento di risorse statali ad un'impresa pubblica favorisca tale impresa e possa costituire quindi un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, la Commissione applica il cosiddetto «principio dell'investitore operante in un'economia di mercato».
- 35 La Commissione spiega allora in dettaglio la sua analisi dell'operazione effettuata nella prospettiva del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato.
- 36 La Commissione dichiara, in primo luogo, che anche se l'art. 295 CE dispone che il Trattato CE protegge i sistemi nazionali della proprietà esso non giustifica una violazione delle regole di concorrenza del Trattato. Così, la Commissione ritiene di non rimettere in questione il diritto degli Stati membri di creare fondi speciali allo scopo di soddisfare compiti di interesse economico generale. Tuttavia, quando tali fondi pubblici vengono utilizzati per attività concorrenziali commerciali, le regole di mercato devono essere applicate ad essi. Questo significa che quando lo Stato ha deciso di utilizzare sempre per fini commerciali gli attivi per finalità pubbliche, lo Stato, secondo la Commissione, dovrebbe chiedere una remunerazione corrispondente alle condizioni del mercato.
- 37 In secondo luogo, quanto al carattere particolare dell'operazione, la convenuta sostiene che, se un'operazione come quella di cui trattasi viene scelta da uno Stato membro, è necessario esaminare in dettaglio in che misura essa possa presentare un vantaggio economico per la parte concorrenziale dell'impresa.

- 38 In terzo luogo, la Commissione sottolinea che un modo per assicurare una remunerazione adeguata del capitale fornito sarebbe stato un aumento della partecipazione del Land nella WestLB. Poiché ciò non è stato fatto, il Land, ai sensi della decisione impugnata, avrebbe dovuto esigere, in base al principio di un investitore operante in un'economia di mercato, di ricevere una remunerazione adeguata per il trasferimento sotto un'altra forma. In caso contrario, ad avviso della Commissione, il Land accorderebbe alla WestLB un vantaggio che costituirebbe un aiuto di Stato.
- 39 In quarto luogo, la convenuta spiega come essa ha determinato la base del capitale utilizzata per il calcolo della remunerazione. Per fissare una remunerazione adeguata dovrebbe essere effettuata una distinzione tra le parti della riserva speciale della Wfa secondo il loro uso per la WestLB.
- 40 Secondo la Commissione, un importo totale di DEM 5, 9 miliardi è stato registrato come capitale nel bilancio della WestLB. Tuttavia, il Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen ha riconosciuto come fondi propri di base solo DEM 4 miliardi. Di quest'ultimo importo, solo DEM 2,5 miliardi possono essere effettivamente utilizzati dalla WestLB per ampliare le sue attività concorrenziali, come dotazione di fondi propri e ai sensi delle disposizioni sulla solvibilità, e dovevano quindi essere utilizzati come base primaria di remunerazione del Land. I restanti DEM 1,5 miliardi sono necessari per sostenere le attività di promozione dell'edilizia della Wfa. DEM 1,9 miliardi figurano ancora nel bilancio, ma non sono riconosciuti come corrispondenti a fondi propri per ragioni di solvibilità. Quindi l'importo indicato nel bilancio di WestLB, ma non utilizzabile da WestLB per espandere le proprie attività commerciali, ammonta a DEM 3,4 miliardi. Tuttavia, poiché tale importo contribuisce a migliorare la situazione della banca agli occhi dei creditori, esso può essere a tal riguardo, anche se figura come capitale nel bilancio, paragonato almeno ad una garanzia. Poiché tale importo ha anche un'utilità economica per la WestLB, un investitore in un'economia di mercato avrebbe chiesto una remunerazione per esso. Tuttavia questa sarebbe inferiore alla remunerazione per DEM 2,5 miliardi che possono essere utilizzati per ampliare le attività concorrenziali della WestLB.

- 41 In quinto luogo, la Commissione spiega in dettaglio come ha calcolato la remunerazione adeguata del capitale.

B — Analisi relativa alla remunerazione adeguata del capitale

- 42 In via preliminare, la Commissione sostiene che, con riferimento alle norme sugli aiuti di Stato del Trattato CE, la transazione deve essere considerata un apporto di capitale e non come garanzia e che occorre valutare la remunerazione dei capitali di conseguenza. Tuttavia, per il calcolo di una remunerazione adeguata la Commissione può equiparare una parte di questi capitali ad una garanzia, poiché essa non può essere utilizzata dalla WestLB allo stesso modo di un capitale normale, a causa delle sue particolarità.
- 43 Poi, in primo luogo, la Commissione, pur sottolineando che la peculiarità dell'integrazione della WfA nella WestLB rende difficile il raffronto con uno strumento finanziario esistente sul mercato, spiega perché essa sostiene che il raffronto con strumenti di capitale ibridi presentato dal governo tedesco è, a causa delle peculiarità del capitale della WfA, non appropriato per stabilire la remunerazione adeguata che deve essere versata per il capitale della WfA.
- 44 In secondo luogo, la Commissione si riferisce alle ripercussioni dell'assenza di liquidità sul calcolo della remunerazione del capitale. Il capitale della WfA non fornisce alla WestLB la liquidità iniziale in quanto gli attivi trasferiti e tutti i redditi della WfA restano destinati per legge alla promozione edilizia. La WestLB affronta, allo scopo di avvantaggiarsi pienamente delle possibilità commerciali che si aprono con il capitale addizionale, costi di finanziamento addizionali per un importo pari al capitale allo scopo di raccogliere i fondi necessari sui mercati finanziari. A causa di questi costi extra che non sorgono nel caso di capitale normale, la remunerazione adeguata deve essere ridotta di conseguenza.

- 45 Tuttavia, a differenza del governo tedesco e della WestLB, la Commissione sostiene che non bisogna tener conto del tasso di interesse dell'intero rifinanziamento. Solo i costi netti dovrebbero essere presi in considerazione come onere addizionale per la WestLB a causa della natura speciale del capitale trasferito. In sostanza, questo significa che la Commissione riconosce che per la WestLB sorgono dei «costi di liquidità» addizionali ad un livello di «costi di rifinanziamento meno imposta». La Commissione accetta gli studi presentati dal governo tedesco sul livello di remunerazione che indica la percentuale dell'8,26% come tasso di rifinanziamento a lungo termine appropriato. Sulla base delle aliquote fiscali tedesche, questo porterebbe ad un tasso di costi di rifinanziamento netto del 4,2%.
- 46 In terzo luogo, la Commissione spiega come essa ha effettuato il calcolo della remunerazione adeguata per l'importo di DEM 2,5 miliardi corrispondenti all'aumento di capitali propri disponibili della WestLB.
- 47 Essa ricorda che la società di consulenza della Commissione sostiene che la base dovrebbe essere il tasso normale di rendimento dell'investimento nel settore bancario — adattato alle diverse caratteristiche speciali della transazione. Inoltre, durante il suo esame la Commissione ha preso in considerazione anche diverse dichiarazioni e studi di banche di investimento e consulenti economici sulle cifre del rendimento atteso e generato sul capitale e gli investimenti, nonché le dichiarazioni presentate dalle diverse parti in causa.
- 48 La Commissione dichiara che sulla base di queste informazioni, della sua esperienza, delle statistiche di mercato e delle decisioni prese in passato sul capitale fornito dallo Stato, essa si basa su una remunerazione minima attesa per questo investimento con carattere patrimoniale al momento del trasferimento del 12% al netto delle tasse.

- 49 Per calcolare la remunerazione adeguata, la Commissione ha preso in considerazione anche il fatto che un investitore operante in un'economia di mercato avrebbe preteso una maggiorazione del rendimento conforme al mercato del capitale apportato, a causa delle peculiarità della transazione.
- 50 Tale maggiorazione è spiegata da tre fattori. Innanzi tutto la dimensione dell'importo trasferito è stato considerevole, l'effetto è stato decisivo sulla WestLB per ragioni di solvibilità e tale banca faceva profitti inferiori alle altre banche. Il Land, poi, si è esposto ad un rischio più elevato in caso di insolvenza della WestLB in seguito al trasferimento della WfA. D'altro canto, il trasferimento della Wfa non ha fornito al Land diritti di voto supplementari. Per compensare lo squilibrio derivante dall'accettazione di un rischio più elevato senza un aumento corrispondente di influenza sulla società, un investitore operante in un'economia di mercato avrebbe chiesto una remunerazione più elevata. Infine, l'investimento del Land ha carattere di un investimento perpetuo in titoli non quotati. A causa delle condizioni particolari del trasferimento della WfA, il Land non ha la possibilità di ritirare il capitale e di porre così fine al suo investimento. Di conseguenza, la Commissione considera un premio dell'1,5% come un tasso ragionevole minimo, in ragione della particolarità della transazione.
- 51 Essa è giunta alla conclusione che una remunerazione appropriata per l'investimento in questione ammonterebbe al 9,3%, vale a dire: 12% di rendimento normale sul capitale, più un premio dell'1,5% per le particolarità dell'operazione, meno un 4,2% per spese di finanziamento che la WestLB doveva sostenere per liquidità inadeguata.
- 52 In quarto luogo, la Commissione spiega in che modo essa ha calcolato la remunerazione adeguata per l'importo di DEM 3,4 miliardi, importo indicato nel bilancio della WestLB, ma che non può essere utilizzato per ampliare le sue attività concorrenziali. Essa ricorda che, nella decisione di avviare il procedimento ai sensi dell'art. 88, n. 2, CE, essa ha indicato un tasso dello 0,3%, indicato dalle autorità tedesche, come la remunerazione adeguata sulla garanzia

bancaria per una banca come la WestLB. Essa ritiene che questo importo superi quello che è normalmente coperto da tali garanzie bancarie e che, inoltre, benché le garanzie bancarie siano normalmente associate a talune transazioni e limitate nel tempo, la WestLB dispone, d'altra parte, di riserve speciali della WfA senza limitazioni nel tempo. Secondo la Commissione questi due fattori richiedono un aumento del tasso di remunerazione che si situerebbe tra 0,5 e 0,6%. Questi premi di garanzia normalmente contano come spese operative e quindi riducono il reddito imponibile, ma la remunerazione per il Land per il capitale della Wfa viene versata partendo dagli utili al netto delle tasse e quindi tale compensazione deve essere adeguata di conseguenza. Secondo la Commissione un tasso dello 0,3% al netto delle tasse, quindi, costituisce una remunerazione adeguata per questo tipo di capitale.

- 53 In quinto luogo, la Commissione non ritiene che le eventuali sinergie e risparmi di costi che risultano per il Land e la WfA dal trasferimento di quest'ultima e della sua integrazione nella WestLB non possono essere considerati una remunerazione versata dalla WestLB per la fornitura dei fondi propri originali. Dato che queste sinergie né riducono per la WestLB l'utilizzabilità del capitale trasferito né aumentano i costi della WestLB per il trasferimento, essi non dovrebbero influenzare la remunerazione appropriata che può essere chiesta alla banca da un investitore operante in un'economia di mercato per il capitale fornito. La Commissione, invece, riconosce che l'importo di DEM 33 milioni versato dalla WestLB nel 1992 per costi pensionistici della Wfa fa parte della remunerazione versata dalla WestLB per il trasferimento.
- 54 Infine, sulla base dei calcoli sopra effettuati relativi al capitale da considerare e alla sua remunerazione, la Commissione definisce l'elemento di aiuto di Stato esistente nella transazione di cui trattasi. Essa ritiene conforme alle condizioni di mercato una remunerazione del 9,3% al netto delle tasse per la parte del capitale che può essere utilizzato dalla WestLB per sostenere le attività commerciali, vale a dire DEM 2,5 miliardi a fine 1993 e dello 0,3% al netto delle tasse per la differenza tra questa parte e l'importo di DEM 5,9 miliardi, indicato come capitale nel bilancio della WestLB, vale a dire DEM 3,4 miliardi a fine 1993. Secondo la Commissione occorre, ancora, tener conto della remunerazione dello

0,6% che la WestLB versa dal 1993 sull'importo che essa può utilizzare per sostenere le sue attività commerciali. Inoltre, la Commissione accetta il pagamento della WestLB nel 1992 per diritti pensionistici della WfA come remunerazione supplementare per il Land per il capitale trasferito. L'elemento di aiuto può essere calcolato come la differenza tra i pagamenti veri e propri e i pagamenti che dovrebbero corrispondere alle condizioni di mercato. Secondo la Commissione, il totale dell'aiuto così calcolato è di DEM 1 579 700 000 dal 1992 al 1998.

- 55 Avendo terminato le sue osservazioni sull'applicazione del principio di un investitore operante in un'economia di mercato alla transazione di cui trattasi, la Commissione espone ancora la sua analisi su altri aspetti di tale transazione prima di presentare le sue conclusioni finali.
- 56 Per quanto riguarda le esenzioni fiscali di cui beneficiano le attività di sostegno all'edilizia abitativa del «settore WfA» della WestLB, la Commissione osserva che esse aumentano i profitti della WfA (o riducono le sue perdite), e quindi che il suo capitale netto potrebbe aumentare. Così anche per la WestLB la parte disponibile per sostenere le sue attività competitive potrebbe aumentare. Tuttavia, se questa quota aumenta, anche la base per il calcolo della remunerazione che deve essere versata al Land aumenterà. La Commissione a tal proposito conclude che se la remunerazione viene fissata ad un livello appropriato, dalle esenzioni fiscali dell'attività di promozione dell'edilizia non risulterà alcuna distorsione di concorrenza a favore della WestLB. Essa ricorda che secondo i calcoli di cui sopra ai punti 51 e 52 una remunerazione appropriata è 9,3% per quanto riguarda l'importo corrispondente all'aumento di capitali propri disponibili della WestLB e 0,3% in relazione all'importo che è stato indicato nel bilancio della WestLB, ma che non può essere utilizzato per ampliare le sue attività concorrenziali.
- 57 Quanto alla cancellazione della responsabilità, la Commissione ritiene che essa ha certamente aumentato il valore della WfA. Tuttavia, dato che la remunerazione che la WestLB deve versare è stata calcolata sulla valutazione della WfA

successiva alla rinuncia, vale a dire tenendo conto di questo aumento di valore, la cancellazione non costituisce un vantaggio per la WestLB se la valutazione è conforme al mercato.

- 58 La Commissione, sulla base delle considerazioni che precedono, conclude che vengono soddisfatti tutti gli elementi dell'art. 87, n. 1, CE e che poiché nessuna delle disposizioni derogatorie previste agli artt. 86, n. 2, CE e 87, nn. 2 e 3, CE è applicabile al presente caso, l'aiuto non può essere considerato compatibile con il Trattato.

Procedimento e conclusioni delle parti

- 59 Con atti introduttivi depositati nella cancelleria del Tribunale il 12 ottobre 1999, i ricorrenti hanno proposto il presente ricorso.
- 60 Con ordinanza del presidente della Quarta Sezione ampliata del Tribunale 22 agosto 2000, la Repubblica federale di Germania è stata ammessa ad intervenire a sostegno delle conclusioni dei ricorrenti e il BdB è stato ammesso ad intervenire a sostegno delle conclusioni della convenuta.
- 61 Con la medesima ordinanza, il Tribunale ha esaminato una domanda di trattamento riservato proposta dai ricorrenti e ha accordato tale trattamento riguardo ad alcune informazioni contenute nel fascicolo. Tale ordinanza è stata modificata con ordinanza 23 ottobre 2000.

- 62 Con ordinanza del presidente della Quarta Sezione ampliata del Tribunale 11 luglio 2001, dopo aver sentito le parti, è stata disposta la riunione delle cause ai fini della trattazione orale, ai sensi dell'art. 50 del regolamento di procedura del Tribunale.
- 63 A causa della modifica della composizione delle Sezioni del Tribunale a partire dal 20 settembre 2001, il giudice relatore è stato assegnato alla Seconda Sezione ampliata e le presenti cause, di conseguenza, sono state attribuite a tale Sezione.
- 64 Su relazione del giudice relatore, il Tribunale (Seconda Sezione ampliata) ha deciso di passare alla fase orale. I ricorrenti, la convenuta e la Repubblica federale di Germania hanno risposto ai quesiti scritti del Tribunale e la convenuta ha prodotto i documenti chiesti nell'ambito delle misure di organizzazione del procedimento.
- 65 Con ordinanza 29 maggio 2002, il presidente della Seconda Sezione ampliata del Tribunale ha provvisoriamente concesso il trattamento confidenziale chiesto dai ricorrenti riguardo al alcuni elementi figuranti in un documento menzionato al punto precedente.
- 66 Le difese orali delle parti e le loro risposte ai quesiti del Tribunale sono state sentite all'udienza del 5 e 6 giugno 2000.

67 Durante tale udienza, le parti intervenienti, espressamente sollecitate in tal senso, non hanno presentato osservazioni riguardo alla domanda dei ricorrenti di trattamento confidenziale di taluni elementi figuranti in un documento prodotto dalla Commissione su domanda del Tribunale. Si deve confermare, così, l'ordinanza che ha concesso, in via provvisoria, il trattamento confidenziale riguardo a tali elementi.

68 La WestLB chiede che il Tribunale voglia:

— annullare la decisione impugnata;

— condannare la Commissione alle spese.

69 Il Land chiede che il Tribunale voglia:

— annullare la decisione impugnata;

— condannare la Commissione alle spese;

— condannare il BdB a sopportare le proprie spese.

70 La Repubblica federale di Germania, parte interveniente, chiede che il Tribunale voglia:

— annullare la decisione impugnata;

— condannare la Commissione alle spese.

71 La Commissione chiede che il Tribunale voglia:

— dichiarare infondati i due ricorsi;

— condannare i ricorrenti alle spese.

72 Il BdB, parte interveniente, chiede che il Tribunale voglia:

— dichiarare infondati i due ricorsi;

— condannare i ricorrenti alle spese, comprese le sue.

Nel merito

- 73 A sostegno del suo ricorso, la WestLB fa valere cinque motivi relativi all'incompetenza della Commissione dimissionaria ad adottare la decisione impugnata, alla composizione irregolare della Commissione, alla violazione dei diritti della difesa, alla violazione dell'obbligo di motivazione e alla violazione dell'art. 87, n. 1, CE. Il Land fa valere quattro motivi relativi all'incompetenza e alla composizione irregolare della Commissione, alla violazione dei diritti della difesa, alla violazione di forme sostanziali e alla violazione degli artt. 87, n. 1, CE e 295 CE.
- 74 In udienza, i ricorrenti, interrogati dal Tribunale a tal proposito, hanno dichiarato di rinunciare al motivo relativo alla composizione irregolare della Commissione al momento dell'adozione della decisione impugnata.
- 75 Il Tribunale esaminerà, in primo luogo, il motivo relativo all'incompetenza della Commissione, in secondo luogo, il motivo relativo alla violazione dei diritti della difesa e, in terzo luogo, il motivo relativo alla violazione di forme sostanziali, per quanto riguarda l'asserita violazione del diritto della Repubblica federale di Germania ad essere sentita, gli asseriti erronei accertamenti delle circostanze di fatto e l'asserita violazione del principio di neutralità.
- 76 In quarto luogo, il Tribunale esaminerà il motivo relativo alla violazione degli artt. 87, n. 1, CE e 295 CE, per quanto riguarda l'interpretazione della nozione di aiuto di Stato effettuata dalla Commissione nella decisione impugnata. Infine, il Tribunale esaminerà il motivo relativo alla violazione dell'obbligo di motivazione congiuntamente al motivo, presentato in subordine, relativo alla violazione delle due disposizioni citate, per quanto riguarda l'applicazione da parte della Commissione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato (in prosieguo anche: il «principio dell'investitore privato»).

I — Sul primo motivo, relativo all'incompetenza della Commissione ad adottare la decisione impugnata

A — *Argomenti delle parti*

- 77 I ricorrenti sostengono che, a causa delle sue dimissioni in data 16 marzo 1999, al momento dell'adozione della decisione impugnata, l'esercizio delle funzioni della Commissione sarebbe stato circoscritto agli atti di ordinaria amministrazione e urgenti. Poiché la decisione non rientra in tale ambito, ciò comporterebbe il suo annullamento.
- 78 In primo luogo, i ricorrenti fanno valere che dato che le conseguenze giuridiche delle dimissioni volontarie di tutti i membri della Commissione non sono espressamente definite nel Trattato CE, va applicato per analogia l'art. 201, secondo comma, seconda frase, CE, poiché questa è la sola disposizione del Trattato che riguarda le dimissioni collettive della Commissione. Di conseguenza, le funzioni di quest'ultima sarebbero state circoscritte agli affari di ordinaria amministrazione.
- 79 L'art. 215 CE non potrebbe essere applicato alla fattispecie. Le dimissioni della Commissione non sarebbero state volontarie, poiché il loro unico scopo era quello di anticipare l'adozione di una mozione di censura del Parlamento europeo. Il Land aggiunge che, se il Trattato limita le competenze della Commissione agli affari di ordinaria amministrazione in caso di adozione di una mozione di censura, contrasta certamente con l'effetto utile dell'art. 201 CE il consentire alla Commissione di sottrarsi a tale limitazione mediante dimissioni preventive volontarie. Inoltre, il Land sostiene che, per evitare che l'art. 201 CE venga eluso, in caso di dimissioni collettive, si deve applicare la stessa limitazione che si applica in caso di adozione di una mozione di censura.

- 80 Inoltre, la limitazione delle competenze della Commissione dimissionaria agli affari di ordinaria amministrazione risulterebbe anche da un principio generale di diritto comunitario derivante dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri. A tal proposito, il Land rinvia ad un parere del servizio giuridico della Commissione del 9 gennaio 1995.
- 81 I ricorrenti sostengono inoltre che le dimissioni di tutti i membri della Commissione non possono essere considerate come una serie di dimissioni individuali. L'art. 215 CE riguarderebbe solo le dimissioni di uno solo o di diversi membri della Commissione e presuppone quindi una Commissione ancora in funzione e che quindi può essere completata. Essi ritengono che considerare le dimissioni collettive della Commissione come la somma di dimissioni individuali equivale ad ampliare illecitamente l'ambito di applicazione dell'art. 215 CE e a limitare i diritti del Parlamento nel procedimento di nomina di una nuova Commissione. Essi contestano il fatto che il Parlamento possa adottare una mozione di censura della Commissione anche in seguito a dimissioni di tutti i membri di quest'ultima e ricordano che un progetto di una mozione di tale tipo è stato dichiarato irricevibile dal presidente del Parlamento.
- 82 In subordine, i ricorrenti fanno valere che le funzioni della convenuta erano limitate agli affari di ordinaria amministrazione e urgenti anche perché la Commissione era vincolata dalla sua stessa dichiarazione del 17 marzo 1999, nonché dai suoi orientamenti del 23 marzo 1999 relativi alle attività alle quali essa voleva limitarsi in seguito alle sue dimissioni. A tal proposito, la WestLB fa presente che la Corte ha spesso affermato che dichiarazioni della Commissione di portata generale hanno natura vincolante nei confronti di quest'ultima anche se non hanno la forma di un atto giuridico previsto all'art. 249 CE (sentenza della Corte 24 marzo 1993, causa C-313/90, CIRFS e a./Commissione, Racc. pag. I-1125, punti 34-36; sentenze del Tribunale 12 dicembre 1996, causa T-380/94, AIUFASS e AKT/Commissione, Racc. pag. II-2169, punto 57, e 5 novembre 1997, causa T-149/95, Ducros/Commissione, Racc. pag. II-2031, punto 61).
- 83 In secondo luogo, i ricorrenti fanno valere che la decisione impugnata è un esempio e un precedente in materia di aiuti di Stato e non è quindi né un affare di ordinaria amministrazione, né un affare urgente.

- 84 Essi ritengono che la decisione impugnata si situi ben oltre gli atti di gestione quotidiana. L'integrazione della WfA nella WestLB, per la sua particolare struttura, si distinguerebbe da qualsiasi altro provvedimento idoneo ad essere qualificato come aiuto di Stato. Inoltre, per la prima volta, la Commissione avrebbe applicato il principio dell'investitore operante in un'economia di mercato ad un'impresa sana richiedendo dalla stessa un rendimento medio nel settore considerato sui capitali apportati dall'investitore pubblico (in prosieguo: il «rendimento medio»). Inoltre, si tratterebbe di un procedimento il cui esito è determinante per altri casi simili.
- 85 Essi aggiungono che la questione se il detto procedimento sia stato avviato prima delle dimissioni non ha alcuna importanza; altrimenti, la Commissione potrebbe lavorare come ha lavorato prima delle dimissioni. All'argomento della convenuta secondo cui non era necessario valutare fatti o circostanze nuove durante il procedimento formale di esame, il Land ribatte che, al contrario, è durante tale procedimento che è apparsa la vera importanza dell'indagine e che è determinante solo la decisione di chiusura del procedimento. Così, tenuto conto delle particolarità e dell'importanza fondamentale della causa di cui trattasi, la decisione impugnata, che chiude il procedimento, non potrebbe essere qualificata come decisione costituente parte integrante degli affari di ordinaria amministrazione della Commissione.
- 86 La decisione non riguarderebbe nemmeno un affare urgente. La Commissione non avrebbe dovuto agire per evitare danni supplementari alla Comunità o a individui. Il procedimento di aiuti di Stato non sarebbe soggetto a termine. Inoltre, il procedimento sarebbe già in corso dal 1994.
- 87 Il Land osserva anche che la prassi precedente della Commissione in caso di un interim conferma la sua opinione secondo cui la Commissione non era più competente ad adottare la decisione impugnata poiché non si trattava di un affare ordinario rientrante nella gestione quotidiana degli affari pubblici e che la sua adozione non era neppure urgente. L'unica Commissione il cui mandato era

terminato e che è rimasta in funzione sino alla designazione di una nuova Commissione sarebbe stata la Commissione presieduta dal sig. J. Delors che, durante il periodo di transizione, si sarebbe attenuto strettamente al principio di adottare solo decisioni relative ad affari di ordinaria amministrazione e realmente urgenti. Nessuna decisione di chiusura di un procedimento formale di esame di aiuti di Stato è stata adottata durante il detto periodo di transizione.

- 88 La Commissione, sostenuta dal BdB, contesta la circostanza che le dimissioni della Commissione presieduta dal sig. J. Santer nel marzo 1999 abbiano avuto come conseguenza giuridica la limitazione dei suoi poteri di compiere atti di ordinaria amministrazione e, in subordine, sostiene che la decisione impugnata è stata adottata in tale contesto.
- 89 La convenuta ritiene irricevibile la presentazione da parte del Land del parere del servizio giuridico della Commissione, menzionato supra al punto 80, poiché si tratta di un documento interno ottenuto illegalmente. Essa chiede al Tribunale l'eliminazione di tale elemento anche dal fascicolo della causa T-233/99, ai sensi dell'art. 64, n. 4, del regolamento di procedura.

B — *Giudizio del Tribunale*

- 90 In via preliminare, ai sensi degli artt. 49 e 64, n. 4, del regolamento di procedura, occorre esaminare la richiesta della Commissione diretta a far ordinare l'eliminazione dal fascicolo della causa T-233/99 del parere del servizio giuridico della Commissione relativo all'ampiezza dei poteri di tale istituzione dopo la scadenza del mandato dei suoi membri.

- 91 Poiché il documento di cui trattasi è un documento interno della Commissione e il Land non è stato in grado di dimostrare di averlo ottenuto regolarmente, occorre accogliere la domanda della convenuta (v., per analogia, ordinanza della Corte 15 ottobre 1986, causa 31/86, LAISA/Consiglio, non pubblicata in Raccolta, punto 5, e ordinanza del presidente del Tribunale 3 marzo 1998, causa T-610/97 R, Carlsen e a./Consiglio, Racc. pag. II-485, punti 36-41 e 45-49).
- 92 Inoltre, il Tribunale afferma che tale parere non presenta alcun aspetto decisivo per il controllo di legalità che il giudice comunitario deve effettuare (v., in tal senso, ordinanze della Corte 11 dicembre 1986, causa 212/86, ICI/Commissione, non pubblicata in Raccolta, punti 5-8, e 20 marzo 1991, causa C-308/90, Advanced Nuclear Fuels/Commissione, non pubblicata in Raccolta, punto 12; sentenza del Tribunale 10 marzo 1992, causa T-9/89, Hüls/Commissione, Racc. pag. II-499, punti 85 e 86).
- 93 Con il presente motivo, i ricorrenti in sostanza fanno valere l'illegittimità della decisione impugnata in virtù della circostanza che la Commissione era limitata, nell'esercizio delle sue funzioni, agli affari di ordinaria amministrazione e urgenti e che la decisione non riguardava un affare di tale tipo.
- 94 Occorre esaminare se, indipendentemente dalla questione se i poteri della Commissione fossero limitati al momento dell'adozione della decisione impugnata, questa decisione possa essere qualificata come atto relativo ad un affare di ordinaria amministrazione.
- 95 I ricorrenti hanno fatto valere che la decisione riguardava un provvedimento che si distingueva per la sua peculiare struttura dagli altri provvedimenti sottoposti alla Commissione e che, per la prima volta, la Commissione avrebbe applicato il principio dell'investitore operante in un'economia di mercato ad un'impresa sana richiedendo dalla stessa un rendimento medio. Inoltre, la decisione impugnata avrebbe valore di precedente per casi simili.

- 96 Innanzi tutto, occorre rilevare che la decisione impugnata non costituiva un'iniziativa politica nuova che oltrepassava così i poteri di una Commissione limitata alla gestione degli affari di ordinaria amministrazione.
- 97 Infatti, occorre constatare che anche se la presente causa presentava talune differenze rispetto a quelle trattate precedentemente dalla convenuta in materia di aiuti di Stato, in ogni caso, con la decisione impugnata, la Commissione si è limitata a fare applicazione nella fattispecie di un regime giuridico costituito da norme e principi ben consolidati da molto tempo.
- 98 Una tale applicazione rientra nel compito di sorveglianza attribuito alla Commissione dall'art. 211 CE e, in particolare, nel suo obbligo di vigilare sull'applicazione dell'art. 87, n. 1, CE in modo da garantire che gli aiuti concessi dagli Stati o mediante risorse statali sotto qualsiasi forma non falsino né minaccino di falsare la concorrenza favorendo talune imprese.
- 99 Un tale obbligo s'inserisce nella realizzazione di uno dei compiti essenziali della Comunità, che è quello di garantire che la concorrenza non venga falsata nel mercato interno, come previsto all'art. 3, n. 1, lett. g), CE.
- 100 Pertanto si deve considerare che la decisione impugnata riguarda un affare rientrante nella gestione degli affari di ordinaria amministrazione.

- 101 Inoltre, i ricorrenti non possono pretendere che il modo in cui la Commissione ha applicato il diritto comunitario nel caso di specie eliminerebbe un tale carattere dalla presente causa.
- 102 Infatti, quanto all'applicazione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato ad imprese sane, si deve rilevare che la Commissione aveva già esaminato in passato la conformità di talune misure a questo principio, nonostante il fatto che l'impresa beneficiaria di tali misure avesse generato utili (decisione della Commissione 1° ottobre 1997, 98/365/CE, in merito a presunti aiuti della Francia a favore della società SFMI-Chronopost, GU 1998, L 164, pag. 37, punti I.B e II), e che d'altra parte, un tale orientamento era stato annunciato dalla Commissione ai punti 22 e 23 della sua comunicazione agli Stati membri del 1993 relativa all'applicazione degli articoli [87] e [88] del Trattato [CE] e dell'articolo 5 della direttiva della Commissione 80/723/CEE alle imprese pubbliche dell'industria manifatturiera (GU C 307, pag. 3; in prosieguo: la «comunicazione della Commissione 1993», v. punto 211, infra).
- 103 Riguardo al requisito relativo al rendimento medio, si deve considerare che quest'ultimo costituisce solo uno strumento analitico per l'applicazione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato (v. punti 243-277, infra).
- 104 Premesso ciò, il fatto che la decisione impugnata poteva avere valore di precedente per casi simili non esclude nemmeno la conclusione secondo la quale la presente causa deve essere considerata come rientrante nella gestione degli affari di ordinaria amministrazione.
- 105 Il presente motivo deve dunque essere respinto, senza che sia necessario pronunciarsi sul merito dell'argomento relativo all'asserita limitazione dei poteri della Commissione in seguito alle sue dimissioni.

II — Sul secondo motivo, relativo alla violazione dei diritti della difesa

A — *Argomenti delle parti*

- 106 I ricorrenti, sostenuti dalla Repubblica federale di Germania, fanno valere che la Commissione ha violato il diritto dei ricorrenti ad essere sentiti, nonché quello della Repubblica federale di Germania, rifiutando loro l'accesso allo studio della First Consulting, nonché alle due lettere del BdB 30 ottobre 1998 e 14 gennaio 1999 (in prosieguo: le «due lettere del BdB»), e dunque la possibilità di presentare le loro osservazioni su questi documenti, compreso sullo studio del professor Schulte-Mattler allegato all'ultima di tali lettere. Inoltre, il Land fa presente che la Commissione nella sua decisione ha considerato un tasso di rendimento adeguato al netto delle tasse e quindi molto più elevato di quello che ci si doveva aspettare secondo la denuncia del BdB all'origine del procedimento e secondo il progetto di decisione di avvio del procedimento formale di esame, che menzionerebbe un tasso al lordo delle tasse. Poiché la Germania e il Land non hanno potuto presentare le loro osservazioni a questo proposito, vi sarebbe una violazione dei diritti della difesa.
- 107 Quanto alla relazione della First Consulting, in via preliminare, i ricorrenti e la Repubblica federale di Germania sottolineano che essa costituisce un elemento essenziale della decisione impugnata.
- 108 In primo luogo, i ricorrenti fanno valere che sono titolari del diritto ad essere sentiti non solo lo Stato membro destinatario della decisione adottata nell'ambito del procedimento di aiuti di Stato, ma anche l'impresa presunta beneficiaria dell'aiuto (sentenza della Corte 12 febbraio 1992, cause riunite C-48/90 e C-66/90, Paesi Bassi/Commissione, Racc. pag. I-565, punti 50 e segg.). Benché tale diritto sia stato riconosciuto riguardo all'applicazione dell'art. 86 CE, esso dovrebbe esserlo a maggior ragione nel procedimento in materia di aiuti di Stato, basato sull'art. 87 CE. Essi respingono l'argomento della Commissione relativo

alla sentenza del Tribunale 25 giugno 1998, cause riunite T-371/94 e T-394/94, British Airways e a. e British Midland Airways/Commissione (Racc. pag. II-2405, punti 57-64), in quanto il riferimento ivi contenuto agli interessati riguarderebbe solo i concorrenti, ad esclusione dei beneficiari dell'aiuto.

- 109 In ogni caso, la WestLB, sostenuta dalla Repubblica federale di Germania, ritiene di non essere stata associata al procedimento amministrativo in modo adeguato tenendo conto delle circostanze della fattispecie (sentenza British Airways e a. e British Midland Airways/Commissione, cit., punto 60, e sentenza del Tribunale 16 dicembre 1999, causa T-158/96, Acciaierie di Bolzano/Commissione, Racc. pag. II-3927, punto 45). Essa fa valere anche che i principi della prassi amministrativa della Commissione relativi al diritto dei terzi ad essere sentiti, nell'ambito del controllo delle concertazioni, vanno trasposti, per analogia, al settore degli aiuti di Stato. Solo in questo modo può essere soddisfatta la condizione formulata dal Tribunale nella sua citata sentenza British Airways e a. e British Midland Airways/Commissione.
- 110 Inoltre, i ricorrenti sostengono che non spetta alla Commissione decidere se determinati documenti contengano oppure no informazioni utili per gli interessati, ma che essa deve rendere accessibile alle imprese interessate tutti i documenti a carico e a favore raccolti nel corso dell'indagine, con riserva dei documenti confidenziali (sentenze del Tribunale 17 dicembre 1991, causa T-7/89, Hercules Chemicals/Commissione, Racc. pag. II-1711, punto 54; 29 giugno 1995, causa T-30/91, Solvay/Commissione, Racc. pag. II-1775, punto 101, e causa T-36/91, ICI/Commissione, Racc. pag. II-1847, punto 111).
- 111 Quanto al diritto di presentare osservazioni previsto all'art. 20 del regolamento (CE) del Consiglio 22 marzo 1999, n. 659, recante modalità di applicazione dell'art. [88] del Trattato CE (GU L 83, pag. 1), la WestLB ritiene che si tratti solo di una derivazione del diritto generale ad essere sentiti e che questo articolo si applica senza poterne limitare la portata nel diritto in materia di aiuti di Stato.

- 112 Il Land sostiene di poter far valere una violazione dei propri diritti della difesa, poiché il presente procedimento ha ad oggetto esclusivamente un atto che esso ha adottato e, così, essendo l'unico erogatore dell'aiuto, la sua posizione nel procedimento si differenzerebbe da quella di un'altra parte interessata dal procedimento.
- 113 In secondo luogo, quanto alla portata del diritto ad essere sentiti, i ricorrenti fanno valere la giurisprudenza della Corte per contestare la valutazione secondo cui un diritto ad essere sentiti può essere esercitato utilmente ed efficacemente solo se si riferisce a fatti ma non sulle valutazioni degli stessi da parte della Commissione (sentenze della Corte 10 luglio 1986, causa 234/84, Belgio/Commissione, Racc. pag. 2263, punto 27, e causa 40/85, Belgio/Commissione, Racc. pag. 2321, punto 28).
- 114 Contestando l'argomento secondo cui la relazione della First Consulting non può essere comunicata poiché ha carattere di documento interno, i ricorrenti sostengono che tale rapporto non può essere classificato in tal modo. La WestLB, a sostegno del suo punto di vista, fa valere la comunicazione della Commissione relativa alle regole procedurali interne per l'esame delle domande di accesso al fascicolo nei casi di applicazione degli artt. [81] e [82] del Trattato CE, degli artt. 65 e 66 del Trattato CECA e del regolamento (CEE) n. 4064/89 del Consiglio (GU 1997, C 23, pag. 3), che rientra nell'ambito di applicazione del diritto delle intese e del controllo sulle concertazioni.
- 115 Inoltre, la WestLB e la Repubblica federale di Germania ricordano che, durante la riunione 10 novembre 1998, il sig. Martin Power, direttore della DG IV, aveva promesso l'accesso alla relazione della First Consulting prima della chiusura del procedimento amministrativo e chiedono al Tribunale di sentire, nell'ambito della fase orale del procedimento dinanzi al Tribunale, i sigg. Peter Fleischer e Gerhard Knoke, nella loro qualità di partecipanti a questa riunione, come testimoni su tale questione.

- 116 Quanto alle due lettere del BdB, menzionate ai punti 9 e 10 della decisione, i ricorrenti e la Repubblica federale di Germania sottolineano la loro importanza ai fini dell'adozione della decisione impugnata e contestano alla Commissione di non averle comunicate.
- 117 Il Land asserisce che la semplice eventualità di un'influenza negativa sul procedimento basta a che la violazione dei diritti della difesa comporti l'annullamento della decisione (sentenza della Corte 14 febbraio 1990, causa C-301/87, Francia/Commissione, detta «Boussac», Racc. pag. I-307, punto 31, e le conclusioni dell'avvocato generale Jacobs su questa sentenza, Racc. pag. I-328, paragrafo 24). Esso ritiene che solo questa interpretazione sia conforme al significato fondamentale del principio dei diritti della difesa, poiché qualsiasi parte interessata al procedimento deve essere sentita su tutte le questioni principali e deve poter presentare la propria difesa nelle migliori condizioni possibili.
- 118 La Commissione, sostenuta dal BdB, contesta l'argomento dei ricorrenti e fa valere, in primo luogo, che essi non hanno il diritto ad essere sentiti durante il procedimento in materia di aiuti di Stato, in secondo luogo, che nella fattispecie essi sono stati associati in modo adeguato al procedimento e, in terzo luogo, che la conoscenza delle eventuali osservazioni dei ricorrenti o della Repubblica federale di Germania riguardo alla relazione della First Consulting e alle lettere del BdB non l'avrebbe portata ad adottare una decisione diversa da quella impugnata.

B — *Giudizio del Tribunale*

- 119 Innanzi tutto, ai sensi degli artt. 49 e 65 del regolamento di procedura, occorre esaminare la domanda diretta a sentire i sigg. Peter Fleischer e Gerhard Knoke, nella loro qualità di partecipanti alla riunione 10 novembre 1998, in quanto

testimoni riguardo alla questione se durante tale riunione il sig. Martin Power, direttore della DG IV, abbia promesso ai ricorrenti e alla Repubblica federale di Germania l'accesso alla relazione della First Consulting prima della chiusura del procedimento amministrativo.

- 120 Il Tribunale afferma che l'audizione di tali testimoni non sarebbe per nulla decisiva per il controllo di legittimità che il giudice comunitario è tenuto ad effettuare, poiché la questione rilevante per determinare l'esistenza di una eventuale violazione dei diritti dei ricorrenti o della Repubblica federale di Germania non è quella se il sig. Martin Power ha promesso loro l'accesso a questo documento, ma se la Commissione aveva l'obbligo di concedere loro tale accesso (v., per analogia, la giurisprudenza citata supra al punto 92).
- 121 Secondo una giurisprudenza consolidata, il rispetto dei diritti della difesa in qualsiasi procedimento promosso nei confronti di una persona e che possa sfociare in un atto per essa lesivo costituisce un principio fondamentale del diritto comunitario e dev'essere garantito anche in mancanza di una normativa specifica. Tale principio impone che la persona interessata sia stata messa in grado, già durante il procedimento amministrativo, di far conoscere in modo efficace il suo punto di vista sulla realtà e sulla pertinenza dei fatti, delle censure e delle circostanze allegate dalla Commissione (sentenza del Tribunale 30 marzo 2000, causa T-65/96, Kish Glass/Commissione, Racc. pag. II-1885, punto 32).
- 122 Orbene, il procedimento amministrativo in materia di aiuti di Stato è avviato solo nei confronti dello Stato membro interessato. Le imprese beneficiarie degli aiuti e le entità territoriali infrastatali che concedono gli aiuti, come i ricorrenti, sono considerate, allo stesso modo dei concorrenti dei beneficiari degli aiuti, solo come «interessate» in tale procedimento (v., in tal senso, sentenza Acciaierie di Bolzano/Commissione, cit., punto 42).

- 123 Inoltre, secondo una costante giurisprudenza, nel corso della fase di esame contemplata dall'art. 88, n. 2, CE la Commissione ha il dovere di intimare agli interessati di presentare le loro osservazioni (sentenze della Corte 19 maggio 1993, causa C-198/91, Cook/Commissione, Racc. pag. I-2487, punto 22; 15 giugno 1993, causa C-225/91, Matra/Commissione, Racc. pag. I-3203, punto 16, e 2 aprile 1998, causa C-367/95 P, Commissione/Sytraval e Brink's France, Racc. pag. I-1719, punto 59).
- 124 Per quanto riguarda più in particolare tale obbligo, la Corte ha giudicato che la pubblicazione di una comunicazione nella Gazzetta ufficiale rappresenta un mezzo adeguato allo scopo d'informare tutti gli interessati dell'avvio di un procedimento (sentenza della Corte 14 novembre 1994, causa 323/82, Intermills/Commissione, Racc. pag. 3809, punto 17), pur precisando che «ciò mira soltanto a ottenere, da parte degli interessati, tutte le informazioni destinate a illuminare la Commissione circa il suo successivo comportamento» (sentenze della Corte 12 luglio 1973, causa 70/72, Commissione/Germania, Racc. pag. 813, punto 19, e del Tribunale 22 ottobre 1996, causa T-266/94, Skibsværftsforeningen e a./Commissione, Racc. pag. II-1399, punto 256).
- 125 Tale giurisprudenza attribuisce agli interessati essenzialmente il ruolo di fonti d'informazione per la Commissione nell'ambito del procedimento amministrativo iniziato ai sensi dell'art. 88, n. 2, CE. Ne consegue che gli interessati, lungi dal potersi valere dei diritti della difesa spettanti a coloro nei cui confronti è aperto un procedimento, dispongono soltanto del diritto di essere associati al procedimento amministrativo in misura adeguata, tenuto conto delle circostanze del caso di specie (sentenze British Airways e a. e British Midland Airways/Commissione, cit., punti 59 e 60).
- 126 Nella fattispecie, i ricorrenti fanno valere che la Commissione ha violato il loro diritto di essere sentiti e quello della Repubblica federale di Germania, da una parte, rifiutando loro l'accesso alla relazione della First Consulting, alle due lettere del BdB e allo studio del professor Schulte-Mattler allegato a una di tali lettere e, dall'altra, in quanto, nella sua decisione ha preso in considerazione un tasso di rendimento al netto delle tasse senza averlo menzionato precedentemente.

- 127 Quanto ai ricorrenti, si deve considerare che, nonostante il carattere limitato dei diritti alla partecipazione e all'informazione sopra menzionati, essi hanno tuttavia avuto la possibilità di far conoscere utilmente il loro punto di vista sulla realtà e pertinenza dei fatti, delle censure e delle circostanze allegate dalla Commissione contro la transazione controversa.
- 128 Infatti, gli elementi a disposizione del Tribunale, relativi alla partecipazione diretta e indiretta dei ricorrenti al procedimento amministrativo, indicano chiaramente che essi hanno avuto l'opportunità di esporre la loro opinione sui fatti e sulle censure fatti valere dalla Commissione nella decisione impugnata.
- 129 A questo riguardo occorre rilevare, in particolare, che i ricorrenti hanno avuto la possibilità, da una parte, di discutere i diversi aspetti della causa in occasione di diversi incontri con alcuni rappresentanti della Commissione e, dall'altra, di presentare alla convenuta documenti per suffragare le loro posizioni. Ad esempio, per quanto riguarda la remunerazione adeguata della transazione controversa, la WestLB ha fornito alla Commissione uno studio di una banca d'investimenti alla quale essa aveva dato l'incarico di valutare questa remunerazione. In tale contesto, a maggior ragione, i ricorrenti non hanno ragione a sostenere che il rifiuto di accesso ai documenti di cui trattasi, o la scelta del tasso di rendimento adottato hanno impedito che fossero associati al procedimento amministrativo in modo adeguato alle circostanze del caso di specie.
- 130 Questa constatazione è confermata dal fatto che la decisione impugnata analizza e si riferisce spesso agli argomenti dei ricorrenti. Essa è confermata anche dal fatto che, come verrà esposto infra, nemmeno il diritto della Repubblica federale di Germania ad essere sentita è stato violato nella fattispecie.
- 131 Ciò premesso, il presente motivo deve essere respinto per quanto riguarda la censura riguardante l'asserita violazione del diritto dei ricorrenti ad essere sentiti.

- 132 Tuttavia, va ricordato che il carattere limitato dei diritti degli interessati non incide sul dovere che incombe alla Commissione, ai sensi dell'art. 253 CE, di motivare in modo sufficiente la sua decisione finale (sentenza *British Airways e a. e British Midland Airways/Commissione*, cit., punti 64 e 94).
- 133 Quanto alla Repubblica federale di Germania, la censura relativa alla violazione del suo diritto ad essere sentita sarà analizzato sotto nell'ambito dell'esame del rispetto da parte della Commissione delle forme sostanziali.

III — Sul terzo motivo, relativo alla violazione delle forme sostanziali

- 134 I ricorrenti fanno valere che la decisione impugnata è viziata da una violazione delle forme sostanziali ai sensi dell'art. 230, secondo comma, CE. A questo titolo, il Tribunale esaminerà tre aspetti. Il primo riguarda il diritto della Repubblica federale di Germania a essere sentita, il secondo è relativo agli asseriti accertamenti erronei delle circostanze di fatto, e il terzo si riferisce all'asserita violazione del principio di neutralità.

A — Primo aspetto: il diritto della Repubblica federale di Germania ad essere sentita

1. Argomenti delle parti

- 135 I ricorrenti e la Repubblica federale di Germania sostengono che il diritto di quest'ultima ad essere sentita è stato violato in quanto l'accesso alla relazione

della First Consulting e alle lettere del BdB le è stato rifiutato. A tal riguardo, queste parti fanno riferimento agli argomenti esposti supra ai punti 106, 107, 110, 113, 114, 116 e 117. LA WestLB sostiene che il rifiuto di accesso alla relazione della First Consulting è contrario all'art. 6, n. 2, del regolamento n. 659/1999, il quale prevede che le osservazioni delle parti interessate che la Commissione riceve in seguito alla pubblicazione della decisione di avvio del procedimento nella Gazzetta ufficiale vengono comunicate allo Stato membro interessato. Questa disposizione dovrebbe essere interpretata nel senso che lo Stato membro deve essere in grado di far conoscere il suo punto di vista su tutti i dati determinanti per l'adozione della decisione finale. La WestLB ritiene che, in quanto beneficiaria dell'aiuto, essa dispone di un diritto proprio a che la Commissione rispetti il procedimento previsto nel regolamento n. 659/1999, poiché il regolare svolgimento del procedimento disciplinato dalla legislazione in materia di aiuti risponde anche all'interesse dell'impresa interessata. Non si può escludere che, sulla base delle osservazioni presentate dal governo federale, la Commissione avrebbe riconosciuto i suoi errori e avrebbe adottato una decisione diversa da quella infine adottata.

- 136 La Repubblica federale di Germania sostiene che il suo diritto ad essere sentita deve essere esaminato nell'ambito del presente procedimento dinanzi al Tribunale, facendo valere l'ordinanza della Corte 8 febbraio 2000, causa C-376/99, Germania/Commissione (non pubblicata in Raccolta), che, ai sensi dell'art. 54, terzo comma, dello Statuto della Corte, ha sospeso il procedimento relativo al ricorso che essa ha proposto dinanzi alla Corte contro la decisione impugnata. Essa sostiene che solo a tale condizione il presente procedimento sollevierà le stesse questioni di interpretazione, ai sensi di questa disposizione, che nel procedimento dinanzi alla Corte.
- 137 La Commissione, sostenuta dal BdB, sostiene che i ricorrenti possono far valere solo la violazione dei propri diritti procedurali e che l'eccezione stabilita dal Tribunale nella sua sentenza 19 giugno 1997, causa T-260/94, Air Inter/Commissione (Racc. pag. II-997), relativa alla violazione di forme obbligatorie, non è applicabile alla fattispecie, non essendosi verificata una tale violazione.
- 138 Inoltre, la Commissione, contesta il fatto che la Germania possa fare valere nel presente procedimento il suo diritto ad essere sentita, riferendosi a tal proposito

all'art. 40, quarto comma, dello Statuto della Corte, all'art. 116, n. 3, del regolamento di procedura del Tribunale, alla sentenza della Corte 8 luglio 1999, causa C-245/92 P, Chemie Linz/Commissione (Racc. pag. I-4643), e all'ordinanza del presidente della Corte 18 novembre 1999, causa C-329/99 P(R), Pfizer Animal Health/Consiglio (Racc. pag. I-8343).

2. Giudizio del Tribunale

- 139 In via preliminare, il Tribunale esaminerà la questione relativa all'esistenza di un diritto dei ricorrenti e della Repubblica federale di Germania di far valere il diritto di questo Stato membro ad essere sentito nell'ambito del presente procedimento dinanzi al Tribunale.
- 140 Da una parte, per quanto riguarda il diritto dei ricorrenti di far valere il diritto della Repubblica federale di Germania ad essere sentita, si deve ricordare che il procedimento amministrativo di esame degli aiuti di Stato è avviato solo nei confronti dello Stato membro interessato e che le decisioni adottate dalla Commissione alla fine di questo procedimento hanno come destinatari gli Stati membri interessati (sentenza Commissione/Sytraval e Brink's France, cit., punto 45). Inoltre, ai sensi dell'art. 88, n. 2, CE, lo Stato membro interessato è responsabile dell'esecuzione dell'eventuale decisione della Commissione di sopprimere o di modificare l'aiuto di Stato di cui trattasi.
- 141 Alla luce di ciò, con riferimento al ruolo centrale dello Stato membro interessato in questo procedimento, occorre considerare che l'audizione di questo Stato nello stesso procedimento costituisce una formalità sostanziale la cui inosservanza comporta l'annullamento delle decisioni della Commissione che ordinano la

soppressione o la modificazione di un aiuto (v., per analogia, sentenze della Corte 7 maggio 1991, causa C-291/89, *Interhotel/Commissione*, Racc. pag. I-2257, punto 17; causa C-304/89, *Oliveira/Commissione*, Racc. pag. I-2283, punto 21, e *Air Inter/Commissione*, cit., punto 80).

- 142 Di conseguenza, l'impresa beneficiaria dell'aiuto nonché entità territoriale infrastatale che lo ha concesso hanno un legittimo interesse ad avvalersi di un tale vizio della decisione della Commissione, poiché l'eventuale mancato rispetto del diritto dello Stato membro di essere sentito può aver avuto un'incidenza sulla legittimità dell'atto impugnato 8 (v., per analogia, sentenza *Oliveira/Commissione*, cit., punto 17).
- 143 In ogni caso, va ricordato che dalla giurisprudenza emerge che il giudice comunitario può esaminare d'ufficio la violazione delle forme sostanziali (sentenze della Corte 21 dicembre 1954, causa 1/54, *Francia/Alta Autorità*, Racc. pag. 7; causa 2/54, *Italia/Alta Autorità*, Racc. pag. 73; 20 marzo 1959, causa 18/57, *Nold/Alta Autorità*, Racc. pag. 89; *Interhotel/Commissione*, cit., punto 14, e *Oliveira/Commissione*, cit., punto 18).
- 144 D'altra parte, per quanto riguarda la possibilità per la Repubblica federale di Germania di far valere nella fattispecie il proprio diritto ad essere sentita, si deve constatare che non esiste alcuna disposizione di diritto comunitario o alcun precedente giurisprudenziale che sia contrario a questa possibilità.
- 145 Risulta, invece, da una giurisprudenza costante che l'art. 37, quarto comma, dello Statuto della Corte non osta a che l'interveniente presenti argomenti diversi da quelli della parte che esso sostiene, sempre che miri a sostenere le conclusioni di questa parte (sentenze della Corte 23 febbraio 1961, causa 30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autorità*, Racc. pag. 1; 19 novembre 1998, causa C-150/94, *Regno Unito/Consiglio*, Racc. pag. I-7235,

punto 36, e 8 luglio 1999, causa C-200/92 P, ICI/Commissione, Racc. pag. I-4399, punti 31-33, 37 e 38). Orbene, nella fattispecie è chiaro che la Repubblica federale di Germania non presenta conclusioni diverse da quelle dei ricorrenti. Peraltro, quanto alla presente questione, i ricorrenti e la Repubblica federale di Germania presentano esattamente lo stesso argomento, cioè: che il diritto di quest'ultima di essere sentita è stato violato.

146 Gli argomenti della convenuta a tal riguardo sono irrilevanti. Oltre l'art. 37, quarto comma, dello Statuto della Corte, già menzionato, l'art. 116, n. 3, del regolamento di procedura del Tribunale si limita a disporre che «[l']interveniente accetta il procedimento nello stato in cui questo si trova all'atto del suo intervento». Inoltre, la citata sentenza Chemie Linz/Commissione applica la giurisprudenza costante secondo la quale l'interveniente può sostenere le conclusioni di un ricorrente, anche con argomenti diversi da quest'ultimo, ma non può presentare conclusioni che non corrispondono alle conclusioni del ricorrente (v. anche sentenza 8 luglio 1999, ICI/Commissione, cit., punti 22-33). Infine, l'ordinanza Pfizer Animal Health/Consiglio, cit. (punti 92-97), si limita a dichiarare che, nell'ambito di una domanda di sospensione dell'esecuzione di un atto, l'interveniente, se può far valere i suoi interessi, non può ampliare l'oggetto della causa reclamando un proprio diritto ad una tutela giurisdizionale provvisoria in suo favore.

147 Occorre dunque riconoscere ai ricorrenti e alla Repubblica federale di Germania il diritto di far valere nel presente procedimento la violazione del diritto di questo Stato membro ad essere sentito, in quanto violazione di una forma sostanziale del procedimento amministrativo controverso.

148 Quanto alla pertinenza della censura di cui trattasi, si deve ricordare che come menzionato supra al punto 121, il rispetto dei diritti della difesa in tutti i procedimenti avviati contro una persona e che possono sfociare in un atto per essa lesivo costituisce un principio fondamentale di diritto comunitario e deve essere garantito anche in assenza di una normativa specifica. Tale principio

richiede che la persona contro cui la Commissione ha avviato un procedimento amministrativo sia stata in grado, durante tale procedimento, di far conoscere utilmente il suo punto di vista sulla realtà e pertinenza dei fatti, delle censure e delle circostanze fatte valere dalla Commissione.

- 149 Nella fattispecie, i ricorrenti e la Repubblica federale di Germania fanno valere che la Commissione ha violato il diritto di questo Stato membro ad essere sentito, da una parte, rifiutando al governo tedesco l'accesso alla relazione della First Consulting, alle due lettere del BdB e allo studio del professor Schulte-Mattler allegato a una di queste lettere e, dall'altra, a causa del fatto che essa nella sua decisione ha adottato un tasso di rendimento al netto delle tasse e quindi molto più elevato di quello che ci si doveva aspettare secondo la denuncia del BdB all'origine del procedimento e secondo il progetto di decisione di avvio del procedimento formale di esame, che menzionavano un tasso al lordo delle tasse.
- 150 Si deve quindi esaminare se il rifiuto di accesso della Repubblica federale di Germania a questi documenti e la scelta di un tasso di rendimento al netto delle tasse abbiano impedito alla Repubblica federale di Germania di far conoscere utilmente il suo punto di vista sulla realtà e pertinenza dei fatti, delle censure e delle circostanze fatte valere dalla Commissione a sostegno della sua conclusione quanto all'esistenza della violazione del diritto comunitario accertata dalla decisione impugnata.
- 151 Quanto ai documenti sopra citati, si deve constatare che la relazione della First Consulting è stata elaborata quasi alla fine del procedimento amministrativo. Essa ha riassunto e commentato le posizioni delle diverse parti a questo procedimento e, su più punti essenziali, la Commissione si è discostata dal punto di vista fatto valere nella stessa. La lettera del BdB 30 ottobre 1998 risponde a quesiti posti dalla Commissione durante la riunione bilaterale con il BdB che aveva avuto luogo il 16 settembre 1998 e prende posizione su taluni aspetti di uno studio fornito dalla WestLB.

- 152 La lettera del BdB 14 gennaio 1999 torna su una questione discussa durante la riunione multilaterale di esperti 10 novembre 1998, presentando a questo proposito lo studio del professor Schulte-Mattler che è stato allegato a tale lettera. La stessa lettera si sofferma molto brevemente su taluni punti dell'analisi della transazione controversa e ripete la domanda diretta a che il procedimento si concluda con una decisione. Lo studio del professor Schulte-Mattler esamina la questione relativa al rendimento dei capitali propri nell'ambito dell'analisi della transazione controversa.
- 153 L'importanza dell'accesso a questi documenti deve essere esaminata nel contesto dell'insieme del procedimento amministrativo (v. la descrizione di questo procedimento supra ai punti 23 e 25-28). Orbene, prima ancora dell'apertura del procedimento previsto all'art. 88, n. 2, CE, la convenuta ha chiesto alle autorità tedesche di fornirle informazioni e i suoi rappresentanti hanno incontrato più volte rappresentanti delle autorità tedesche. Inoltre, la decisione di avvio del procedimento ha esposto in dettaglio l'analisi provvisoria da parte della Commissione della transazione controversa, in particolare, per quanto riguarda la remunerazione adeguata per i capitali provenienti dalla WfA e ha concluso, in via provvisoria, che la transazione conteneva: «probabilmente elementi di aiuti di Stato ai sensi dell'art. [87], paragrafo 1, [CE]» (decisione di avvio del procedimento, punto 11). In seguito all'avvio di tale procedimento, la Commissione ha trasmesso al governo tedesco le osservazioni che gli interessati le avevano presentato, sulle quali questo governo ha formulato i suoi commenti. Le autorità tedesche sono anche state invitate, e sono state presenti ad una riunione multilaterale che si è svolta il 10 novembre 1998 per discutere diversi aspetti della transazione controversa. In seguito, la Commissione ha ancora chiesto e ottenuto informazioni supplementari dal governo tedesco.
- 154 Tutti questi contatti tra le autorità tedesche e la Commissione riguardavano diversi aspetti della transazione controversa, inclusi quelli relativi alle questioni alle quali si riferiscono essenzialmente i documenti descritti supra ai punti 151 e 152. Questa constatazione è confermata dall'analisi dettagliata effettuata nella decisione impugnata delle posizioni del governo tedesco, compreso per quanto riguarda tali questioni.

- 155 Quanto all'utilizzo nella decisione impugnata di un tasso di rendimento al netto delle imposte, si deve sottolineare, innanzi tutto, che la decisione di avvio del procedimento menziona un rendimento al netto delle tasse e esprimeva, sempre con riferimento a questo tipo di rendimento, che «[era] estremamente dubbio che un operatore privato, visto il guadagno che può normalmente ottenere da un investimento, [abbia] accettato una remunerazione fissa dello 0,6% per il capitale apportato alla WestLB» specificando che «[s]enza stabilire fin da ora un termine di paragone definitivo si può affermare che tale valore è chiaramente inferiore a quello che un investitore privato esigerebbe per mettere a disposizione un capitale analogo» (punto 7.2).
- 156 Inoltre, come giustamente rilevato dalla Commissione, né la denuncia del BdB, né il progetto di decisione di avvio del procedimento formale d'esame costituiscono atti idonei a far sorgere aspettative rilevanti sul piano giuridico e che la Commissione sarebbe tenuta a prendere in considerazione nell'elaborazione della decisione finale. Infine, la Repubblica federale di Germania ha effettivamente potuto presentare le sue osservazioni riguardo al rendimento adeguato della transazione controversa e non può far valere una violazione del suo diritto ad essere sentita basandosi solo sul fatto che essa non è venuta a conoscenza, prima dell'adozione della decisione impugnata, del tipo di tasso di rendimento utilizzato in tale decisione.
- 157 Non si può nemmeno sostenere che l'art. 6, n. 2, del regolamento n. 659/1999 è stato violato, in quanto le osservazioni delle parti interessate che la convenuta ha ricevuto nel caso di specie, in seguito alla pubblicazione nella Gazzetta ufficiale della decisione di avvio del procedimento, sono state effettivamente comunicate dalla Commissione al governo tedesco e in quanto i documenti menzionati dai ricorrenti a sostegno e delle loro censure sono stati presentati alla Commissione in una fase successiva del procedimento amministrativo. D'altra parte, tali documenti, essenzialmente, costituiscono solo uno sviluppo o si limitavano ad effettuare precisazioni riguardo a posizioni già espresse dalle parti del procedimento amministrativo, come sopra esposto ai punti 151 e 152.

- 158 Da quanto precede risulta che la Repubblica federale di Germania ha avuto la possibilità di far conoscere utilmente il suo punto di vista sulla realtà e pertinenza dei fatti, delle censure e delle circostanze fatte valere dalla Commissione a sostegno della sua conclusione quanto all'esistenza della violazione del diritto comunitario accertata dalla decisione impugnata.
- 159 Ne consegue che la decisione impugnata non è stata viziata da illegittimità a causa della violazione di una forma sostanziale che deriverebbe dal disconoscimento del diritto della Repubblica federale di Germania di essere sentita. La censura dei ricorrenti e della Repubblica federale di Germania a questo riguardo deve, quindi, essere respinta.

B — *Secondo aspetto: accertamenti erronei delle circostanze di fatto*

1. Argomenti delle parti

- 160 Il Land fa valere che, per certi aspetti, la descrizione dei fatti effettuata dalla Commissione nella decisione impugnata è incompleta o erronea. Esso ritiene, in primo luogo, che le affermazioni della Commissione ai punti 13 e segg. della decisione impugnata sono incomplete per quanto riguarda la struttura del sistema bancario tedesco, le missioni e la funzione della WestLB, nonché le missioni di diritto pubblico che quest'ultima deve eseguire. In secondo luogo, il Land sostiene che nella decisione impugnata vi sono accertamenti erronei di circostanze di fatto che svolgono un ruolo determinante nell'errore di valutazione commesso nella presente causa. Esso contesta che la WestLB sia un'impresa che necessita misure di risanamento, che l'apporto della WfA alla WestLB sia irrevocabile e che il trasferimento del patrimonio della WfA sia stato il solo modo per la WestLB di soddisfare i nuovi requisiti prudenziali senza ridurre gli attivi a rischi ponderati.

- 161 La Commissione contesta l'argomento secondo cui la presa in considerazione nella decisione impugnata degli elementi menzionati dal Land avrebbe comportato una valutazione giuridica diversa da quella contenuta in questa decisione. Quanto agli asseriti accertamenti erronei dei fatti, la convenuta contesta di aver affermato, nella decisione impugnata, che il caso della WestLB rappresentava un caso di risanamento. Essa spiega perché è legittimo affermare che il Land perde, almeno parzialmente, il suo diritto a disporre degli attivi della WfA e riafferma che la WestLB non aveva altre possibilità a parte l'integrazione degli attivi della WfA per soddisfare i nuovi criteri di solvibilità senza ridurre gli attivi a rischi ponderati.

2. Giudizio del Tribunale

- 162 Laddove la censura critica una motivazione erronea in fatto, va ricordato che emerge dalla giurisprudenza che, anche se un punto di un atto controverso contiene un'indicazione erronea in fatto, tale vizio di forma non può tuttavia portare all'annullamento di tale atto, se gli altri punti forniscono una motivazione sufficiente in se stessa (sentenze della Corte 20 ottobre 1987, causa 119/86, Spagna/Consiglio e Commissione, Racc. pag. 4121, punto 51, e del Tribunale 21 gennaio 1999, cause riunite T-129/95, T-2/96 e T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke e Lech-Stahlwerke/Commissione, Racc. pag. II-17, punto 160). Orbene, la questione della motivazione della decisione impugnata sarà analizzata in seguito, nell'ambito dell'esame del quinto motivo.
- 163 Inoltre, laddove la censura critica la presentazione dei fatti sottostanti all'applicazione al caso di specie del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato, si deve considerare che, da una parte, il Land non ha mostrato in che modo l'asserita presentazione erronea dei fatti della Commissione avrebbe portato la convenuta ad effettuare una valutazione giuridica o economica erronea della transazione controversa e, dall'altra, tale questione rientra nell'esame di merito della causa di cui trattasi, che viene fatto in prosieguo nell'ambito dell'esame del sesto motivo (v., in particolare, i punti 336, 350 e 351, 405 e 419, infra).

C — Terzo aspetto: violazione del principio di neutralità

1. Argomenti delle parti

164 Il Land sostiene che la Commissione ha violato il suo obbligo d'imparzialità avvantaggiando il BdB durante il procedimento e descrivendo in modo tendenzioso le circostanze di fatto. La Commissione avrebbe violato il suo obbligo di imparzialità chiedendo solo al BdB, oltre alla sua domanda alle autorità tedesche, di mettere a sua disposizione taluni documenti e rifiutando di divulgare i documenti forniti dal BdB tra gli altri interessati. Quanto alla descrizione tendenziosa delle circostanze di fatto, esso contesta, in particolare, l'equiparazione della WestLB ad una banca commerciale indipendente che deriverebbe dalla decisione impugnata.

2. Giudizio del Tribunale

165 Quanto alla supposta descrizione tendenziosa delle circostanze di fatto, tale censura si riduce a quella relativa agli accertamenti erronei delle circostanze di fatto, che è appena stata analizzata nell'ambito del secondo aspetto del presente motivo.

166 Quanto all'allegazione del fatto che la Commissione non ha divulgato taluni documenti del BdB, tale censura si riduce all'argomento relativo alla violazione dei diritti della difesa, già analizzato e respinto sopra, o a quello relativo all'obbligo di motivazione, da esaminare in seguito, nell'ambito del quinto motivo.

- 167 Per quanto riguarda l'obbligo di imparzialità è vero che l'obbligo di esame diligente ed imparziale di un fascicolo è imposto alla Commissione segnatamente nell'ambito dell'art. 88 CE. Questo obbligo trova riscontro nel diritto ad una buona amministrazione, che rientra tra i principi generali dello Stato di diritto comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri (v., in tal senso, sentenza del Tribunale 30 gennaio 2002, causa T-54/99, max.mobil/Commissione, Racc. pag. II-313, punti 48 e 49, e giurisprudenza ivi citata).
- 168 Orbene, nella fattispecie, l'argomento relativo ad una violazione dell'obbligo d'imparzialità non può essere accolto. Infatti, la Commissione non ha avvantaggiato il BdB durante il procedimento amministrativo. Da una parte essa ha chiesto più volte informazioni alla Repubblica federale di Germania e, dall'altra, ai ricorrenti non è stato impedito di fornire documenti e informazioni, avendo avuto, al contrario, l'opportunità di presentare e suffragare le loro posizioni. D'altra parte, il procedimento amministrativo in materia di aiuti di Stato non è un procedimento contraddittorio per quanto riguarda i ricorrenti.
- 169 Alla luce di quanto precede, il primo e il terzo aspetto del presente motivo devono essere respinti. Il secondo aspetto sarà esaminato infra, in sede di esame del quinto e sesto motivo.

IV — Sul quarto motivo relativo alla violazione degli artt. 87, n. 1, CE e 295 CE, per quanto riguarda l'interpretazione della nozione di aiuto di Stato

- 170 I ricorrenti fanno valere che la decisione impugnata viola gli artt. 87, n. 1, CE e 295 CE, in quanto essa effettua un'interpretazione erronea della nozione di aiuto di Stato.

- 171 Nell'ambito del primo aspetto di questo motivo, il Land sostiene che la transazione controversa non costituisce un aiuto concesso mediante risorse statali ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE. Nell'ambito del secondo aspetto, i ricorrenti contestano alla Commissione di aver ampliato la nozione di aiuto di Stato applicando il principio di investitore operante in un'economia di mercato ad un'impresa redditizia e interpretando tale principio in modo da richiedere almeno un rendimento medio nel settore considerato sui capitali apportati dall'investitore pubblico.

A — Primo aspetto: esistenza di risorse statali

1. Argomenti delle parti

- 172 Il Land fa valere che la transazione controversa non costituisce un aiuto concesso mediante risorse statali ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE. Esso sostiene che non vi sono risorse statali quando lo Stato, non uscendo dal suo ruolo di proprietario o di imprenditore, effettui un apporto di capitali ad un'impresa che realizzi durevolmente utili e a fini esclusivamente imprenditoriali. Esso fa valere che la transazione è avvenuta perché, dal suo punto di vista in quanto imprenditore, essa permetteva di utilizzare il patrimonio della WfA nel modo più giudizioso dal punto di vista economico.
- 173 Per il Land la dimostrazione dell'esistenza di un aiuto concesso mediante risorse statali deve essere preliminare alla questione se l'effetto di tale misura sia di indurre un trattamento di favore.

- 174 Il Land, sostenuto dalla Repubblica federale di Germania, fa valere che si può valutare se un apporto di capitale costituisca un aiuto concesso mediante risorse statali solo se lo si paragona alle transazioni effettuate da un investitore in condizioni normali di un'economia di mercato, e quindi solo adottando il punto di vista di quest'ultimo. Nella sua decisione, la Commissione si sarebbe tuttavia limitata a constatare che l'impresa è stata favorita, richiedendo, erroneamente, che l'apporto di capitali basato su considerazioni imprenditoriali da parte delle pubbliche autorità sia sempre accompagnato da un'adeguata controprestazione.
- 175 A questo riguardo, il Land sostiene che l'idea della Commissione secondo cui occorrerebbe assicurarsi una remunerazione adeguata è estranea all'essenza stessa dell'apporto di capitali basato su considerazioni imprenditoriali. In un tale apporto non vi sarebbe un rapporto sinallagmatico e una «remunerazione» da stabilire fermamente. L'investitore conterebbe solo sul fatto che l'impresa beneficiaria realizzerà utili su tali capitali, che andranno quindi all'investitore. Nel frattempo l'aumento del valore dell'impresa costituirebbe una parte essenziale del rendimento che spetta all'investitore per il suo apporto di capitali. Il fatto che le risorse siano esposte a taluni rischi e che questa remunerazione non possa essere garantita caratterizzerebbe proprio l'apporto di capitali basato su considerazioni imprenditoriali.
- 176 La Commissione ribatte che le risorse statali restano tali, anche se sono state utilizzate nell'ambito di un'«attività imprenditoriale» esercitata dallo Stato. Se l'apporto di risorse statali non costituisce un aiuto, ciò non avverrebbe perché tale apporto viene effettuato nell'ambito di un'attività imprenditoriale esercitata dallo Stato, ma solo perché quest'ultimo si assicurerebbe una remunerazione adeguata per tale apporto. Occorrerebbe quindi controllare che lo Stato, durante l'attuazione di risorse finanziarie, agisca esattamente come un imprenditore privato in una situazione paragonabile.
- 177 La Commissione sostiene che la sua impostazione per determinare l'esistenza di un aiuto di Stato non ha escluso la prospettiva dell'investitore in un'economia di

mercato, benché siano stati presi in considerazione anche i punti di vista dell'impresa beneficiaria e dei suoi concorrenti. Inoltre, al contrario di quanto sostengono il Land e la Repubblica federale di Germania, questa posizione non sarebbe contraria né alla sua prassi decisionale, né alla giurisprudenza (sentenza del Tribunale 14 dicembre 2000, causa T-613/97, Ufex e a./Commissione, Racc. pag. II-4055, punto 69).

2. Giudizio del Tribunale

- 178 In via preliminare, occorre ricordare che l'art. 87, n. 1, CE dichiara incompatibili con il mercato comune, laddove incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.
- 179 Determinati vantaggi, per poter essere qualificati come aiuti ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE, debbono, da un lato, essere concessi direttamente o indirettamente mediante risorse statali e, dall'altro, essere imputabili allo Stato (sentenza della Corte 16 maggio 2002, causa C-482/99, Francia/Commissione, Racc. pag. I-4397, punto 24, e giurisprudenza ivi citata).
- 180 Tuttavia, questa disposizione non distingue gli interventi statali a seconda della loro causa o del loro scopo, ma li definisce in funzione dei loro effetti (v. sentenza della Corte 26 settembre 1996, causa C-241/94, Francia/Commissione, Racc. pag. I-4551, punti 19 e 20). La nozione di aiuto è così una nozione obiettiva che è funzione soltanto della questione se una misura statale conferisca o meno un vantaggio ad una o a talune imprese (sentenze del Tribunale 27 gennaio 1998, causa T-67/94, Ladbroke Racing/Commissione, Racc. pag. II-1, punto 52, e 10 maggio 2000, causa T-46/97, SIC/Commissione, Racc. pag. II-2125, punto 78).

181 Orbene, l'argomento del Land, in sostanza, equivale a sostenere che se risorse statali vengono utilizzate nel modo economicamente più saggio, tali risorse non hanno più il carattere di risorse statali. Tuttavia, come rilevato dalla Commissione, le risorse non smettono di essere tali per il semplice fatto che il loro uso è analogo a quello fatto da un investitore privato. Infatti, la questione se lo Stato si sia comportato come un imprenditore rientra nella determinazione dell'esistenza di un aiuto di Stato non nell'esame del carattere, pubblico o no, delle risorse in questione.

182 Nella fattispecie, è pacifico che la WfA era un ente di diritto pubblico che disponeva di fondi pubblici e di cui il Land era l'unico azionista. Il suo capitale è stato incorporato nel capitale della WestLB da una legge emanata dal parlamento del Land. Alla luce di ciò, la transazione controversa implica la messa a disposizione di risorse statali.

183 Di conseguenza, il presente aspetto del quarto motivo deve essere respinto.

B — Secondo aspetto: illegittimo ampliamento della nozione di aiuto di Stato

184 I ricorrenti contestano alla Commissione di aver illegittimamente ampliato la nozione di aiuto di Stato, in primo luogo, in violazione dell'art. 295 CE e, in secondo luogo, in quanto essa applica il principio dell'investitore operante in un'economia di mercato ad un'impresa redditizia e, in terzo luogo, in quanto essa interpreta questo principio in modo da richiedere perlomeno un rendimento medio nel settore considerato sui capitali apportati dall'investitore pubblico.

1. Violazione dell'art. 295 CE

a) Argomenti delle parti

- 185 I ricorrenti fanno valere che l'art. 295 CE costituisce una limitazione della competenza in favore degli Stati membri e che occorre conciliare il diritto comunitario della concorrenza e il potere degli Stati membri di definire in modo autonomo i loro regimi di proprietà. Se la libertà degli Stati membri risultante dall'art. 295 CE non può servire a sottrarsi agli altri obblighi del Trattato CE, le disposizioni del Trattato CE non potrebbero essere interpretate in modo talmente ampio che l'ambito di protezione dell'art. 295 venga limitato al punto che gli Stati membri non dispongano praticamente più di alcuna libertà nella gestione di imprese pubbliche o nella conservazione delle partecipazioni che possiedono in queste ultime. Questa disposizione imporrebbe, quindi, limiti impliciti alla nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE.
- 186 Il Land sottolinea l'impossibilità di distinguere nettamente tra i settori di attività, pubblici e privati, delle imprese pubbliche e fa valere che, anche ai sensi dell'art. 295 CE, in quanto investitore o imprenditore, lo Stato può lasciarsi guidare da considerazioni diverse da criteri meramente lucrativi, in particolare da considerazioni di ordine strategico o a lungo termine, come il rafforzamento o l'ampliamento di una partecipazione esistente e la realizzazione di sinergie.
- 187 La Commissione ritiene che la relazione tra l'art. 295 CE e il regime comunitario degli aiuti di Stato sia disciplinato dall'art. 86 CE. In generale, gli atti dello Stato che beneficiano della protezione dell'art. 295 CE possono essere sottratti all'applicazione dell'art. 87 CE solo se sono soddisfatte le condizioni previste all'art. 86, n. 2, CE. Se tali condizioni non sono soddisfatte, l'applicazione delle

norme in materia di aiuti di Stato non comporta alcuna ingerenza nel contenuto essenziale dell'art. 295 CE, poiché l'applicazione di tali norme non impedisce allo Stato di continuare a dirigere imprese di diritto pubblico o di partecipare a tali imprese.

188 Per la Commissione, il fatto che l'impresa pubblica assuma anche missioni pubbliche non è considerato come una peculiarità per il calcolo della remunerazione adeguata dell'investimento, poiché lo svolgimento di tali missioni è protetto in modo sufficiente ed esaustivo dall'art. 86, n. 2, CE.

189 Quanto alle considerazioni commerciali che giustificano una misura finanziaria statale, come le considerazioni strategiche o a lungo termine, esse non beneficiano di una protezione particolare ai sensi dell'art. 295 CE. Esse costituiscono solo elementi da prendere in considerazione per determinare se l'apporto di capitale sia stato realizzato o meno secondo le condizioni normali di mercato.

b) Giudizio del Tribunale

190 L'art. 295 CE dispone quanto segue:

«Il presente trattato lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri».

191 L'art. 86, n. 1, CE stabilisce che:

«1. Gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme del presente trattato, specialmente a quelle contemplate dagli articoli 12 e da 81 a 89 inclusi.

2. Le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme del presente trattato, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata. Lo sviluppo degli scambi non deve essere compromesso in misura contraria agli interessi della Comunità.

(...)».

192 Dalla giurisprudenza della Corte emerge che se il regime della proprietà continua ad essere disciplinato da ciascuno Stato membro ai sensi dell'art. 295 CE, questa disposizione non ha l'effetto di sottrarre i regimi di proprietà esistenti negli Stati membri ai principi fondamentali posti dal Trattato (v. sentenze della Corte 6 novembre 1984, causa 182/83, Fearon, Racc. pag. 3677, punto 7; 1° giugno 1999, causa C-302/97, Konle, Racc. pag. I-3099, punto 38, e 4 giugno 2002, causa C-367/98, Commissione/Portogallo, Racc. pag. I-4756, punto 48).

193 Così, e conformemente all'art. 86, n. 1, CE, le regole di concorrenza del Trattato, che sono regole fondamentali, sono applicabili indistintamente alle imprese pubbliche e private (sentenza del Tribunale 13 giugno 2000, cause riunite T-204/97 e T-270/97, EPAC/Commissione, Racc. pag. II-2267, punto 122).

- 194 Non si può quindi ritenere che l'art. 295 CE limiti la portata della nozione di aiuto di Stato ai sensi dell'art. 87, n. 1, CE.
- 195 Inoltre, contrariamente a quanto sostengono i ricorrenti, questa applicazione delle regole di concorrenza alle imprese, indipendentemente dal regime di proprietà al quale sono soggette, non ha l'effetto di limitare l'ambito di protezione dell'art. 295 CE e di fare in modo che gli Stati membri non dispongano praticamente più di alcuna libertà nella loro gestione di imprese pubbliche, nella conservazione delle partecipazioni che hanno in queste ultime, oppure nel tenere conto di considerazioni diverse da criteri meramente lucrativi.
- 196 Infatti, supponendo che gli interessi a cui si riferisce tale argomento possano ostare all'applicazione delle regole di concorrenza, essi sono presi in considerazione dall'art. 86, n. 2, CE, in quanto questa disposizione prevede che le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale possono sottrarsi all'applicazione delle regole di concorrenza, qualora queste ultime ostino all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, dello specifico compito affidato a queste imprese.
- 197 Nella fattispecie, i ricorrenti non hanno fatto valere che le condizioni previste al n. 2, dell'art. 86 CE per esentare la WestLB dall'applicazione delle regole della concorrenza erano soddisfatte.
- 198 Infine, si deve osservare che l'argomento del Land, secondo cui, in quanto investitore o imprenditore, lo Stato può lasciarsi guidare da considerazioni diverse dai criteri lucrativi a breve termine, deve essere analizzato, non alla luce dell'art. 295 CE, ma nell'ambito dell'esame del comportamento del Land nella prospettiva di un investitore operante in un'economia di mercato.

199 Da quanto precede emerge che l'argomento relativo ad una violazione dell'art. 295 CE, è infondato.

2. Applicazione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato ad un'impresa redditizia

a) Argomenti delle parti

200 I ricorrenti contestano alla Commissione di aver applicato il principio dell'investitore operante in un'economia di mercato ad un'impresa redditizia. Essi sottolineano che la WestLB ha prodotto utili per anni e che essa si aspettava di realizzare tali utili in futuro. La Westlb sostiene che questo principio, come applicato nel contesto di misure statali dirette a risanare imprese, non può essere trasposto indistintamente a misure dirette ad imprese redditizie. La questione della redditività a lungo termine perderebbe la sua rilevanza ogni volta che un'impresa abbia già provato la sua redditività distribuendo regolarmente dividendi. Inoltre, l'investimento in un'impresa non più redditizia sarebbe soggetto ad un rischio maggiore rispetto all'investimento in un'impresa sana e, in tal modo, i rendimenti attesi da un investitore operante in un'economia di mercato sarebbero diversi a seconda se egli si trovi nell'una o nell'altra situazione.

201 I ricorrenti affermano che il principio dell'investitore operante in un'economia di mercato è stato applicato dalla Commissione ed accettato dalla Corte solo per quanto riguarda le imprese in ristrutturazione. Il Land nega la pertinenza della giurisprudenza citata dal BdB a questo proposito e sostiene che spetta alla Commissione dimostrare, in sede di controllo di un comportamento, che nessun investitore operante in un'economia di mercato avrebbe agito in tal modo, altrimenti vi sarebbe un'inversione dell'onere della prova. Esso fa valere a

sostegno dei suoi argomenti i punti 2 e 16 della comunicazione della Commissione del 1993 e il punto 20 della sentenza 21 marzo 1991, causa C-305/89, Italia/Commissione, detta «Alfa Romeo» (Racc. pag. I-1603). Secondo il Land, l'art. 295 CE osta ad un controllo positivo dei poteri pubblici che richiederebbe da questi ultimi che essi dimostrino che anche un qualsiasi investitore operante in un'economia di mercato avrebbe agito nello stesso modo.

- 202 La Commissione contesta gli argomenti dei ricorrenti e sottolinea che l'importante è di determinare se l'apporto di capitali da parte dello Stato in un'impresa pubblica debba essere considerato una transazione commerciale «normale» o se lo Stato vada oltre il suo ruolo d'imprenditore. Se lo Stato fornisse capitali ad un'impresa pubblica a condizioni che non sono quelle di mercato, non agirebbe come imprenditore ma favorirebbe questa impresa pubblica avvantaggiandola rispetto ai suoi concorrenti che possono procurarsi nuovi capitali solo a condizioni di mercato. Questo vantaggio sarebbe rilevante ai sensi della legislazione in materia di aiuti, indipendentemente dagli eventuali utili realizzati dall'impresa pubblica.
- 203 La Commissione sostiene che il non applicare questo principio alle imprese che realizzano utili avrebbe come conseguenza che lo Stato potrebbe, senza alcun controllo mettere a disposizione delle sue imprese non deficitarie mezzi finanziari illimitati senza controprestazione adeguata, provocando in tal modo distorsioni di concorrenza contrarie all'art. 87, n. 1, CE.
- 204 Ad ogni modo, la Commissione ammette che i requisiti relativi alle prove che essa deve apportare quando applica tale principio a imprese che realizzano utili sono più restrittivi che nel caso in cui essa lo applica ad imprese che subiscono perdite o necessitano una ristrutturazione.
- 205 La Commissione ammette che il principio dell'investitore in un'economia di mercato, nella prassi precedente della Commissione e nella giurisprudenza della

Corte, è stato applicato soprattutto nel caso in cui lo Stato ha apportato capitali a imprese che subivano perdite o che necessitavano una ristrutturazione. Ma fa valere che tale circostanza non esclude la sua applicazione a imprese che realizzano utili e che ciò è già stato sottolineato sia dalla Commissione che dalla Corte.

b) Giudizio del Tribunale

- 206 Come ricordato supra, al punto 178, l'art 87, n. 1, CE, è diretto ad evitare che gli scambi tra Stati membri siano pregiudicati da vantaggi accordati dai poteri pubblici che, in forme diverse, falsino o minaccino di falsare la concorrenza favorendo talune imprese o talune produzioni.
- 207 Per valutare se una misura statale costituisca un aiuto, si deve pertanto determinare se l'impresa beneficiaria riceva un vantaggio economico che non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato (sentenze della Corte 11 luglio 1996, causa C-39/94, SFEI e a., Racc. pag. I-3547, punto 60; 29 aprile 1999, causa C-342/96, Spagna/Commissione, Racc. pag. I-2459, punto 41; 29 giugno 1999, causa C-256/97, DM Transport, Racc. pag. I-3913, punto 22, e sentenza SIC/Commissione, cit., punto 78).
- 208 Orbene, in via di principio, la questione se l'impresa beneficiaria di un aiuto sia redditizia oppure no non è di per sé determinante al fine di stabilire se esista un tale vantaggio. Questa posizione deve invece essere presa in considerazione nell'ambito della questione se l'investitore pubblico si sia comportato come un investitore operante in un'economia di mercato o se l'impresa beneficiaria abbia ricevuto un vantaggio economico che non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato.

- 209 Inoltre, l'argomento dei ricorrenti secondo cui la prassi della Commissione e la giurisprudenza della Corte contengono casi di applicazione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato solo per quanto riguarda imprese in ristrutturazione non è né esatto, né idoneo a mettere in questione la legittimità della decisione impugnata.
- 210 Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte, occorre ricordare che, a parte il fatto che essa non ha mai esplicitamente limitato l'applicazione di questo principio alle imprese che subiscono perdite, la giurisprudenza ha spesso usato formulazioni relative alla nozione di aiuto di Stato che non escludono ma al contrario presuppongono l'applicazione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato a imprese redditizie (a tal riguardo, oltre la giurisprudenza citata supra al punto 207, v. sentenze della Corte 15 marzo 1994, causa C-387/92, Banco Exterior de España, Racc. pag. I-877, punto 13, e SFEI e a., cit., punti 58-62).
- 211 Quanto alla prassi della Commissione, si deve rilevare che al punto 22 della sua comunicazione del 1993 essa dichiara che occorre applicare il diritto comunitario degli aiuti «alle imprese pubbliche in tutte le situazioni e non solo, come finora, alle imprese in perdita». Di conseguenza, l'argomento che i ricorrenti farebbero derivare dai punti 2 e 16 della medesima comunicazione non può escludere l'applicazione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato a imprese redditizie.
- 212 Inoltre, come ricordato dal BdB, nella decisione 98/365, citata, relativa alla SFMI-Chronopost, nonostante il fatto che le imprese beneficiarie delle misure in questione avessero generato utili contabili, la convenuta ha esaminato se le transazioni di cui trattasi erano conformi al principio dell'investitore operante in un'economia di mercato.

- 213 Infine, si deve sottolineare che, anche se l'applicazione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato a imprese redditizie costituiva uno sviluppo rispetto alla prassi abituale precedente della Commissione e alla giurisprudenza comunitaria, la base giuridica di questa applicazione non verrebbe tuttavia messa in questione. Infatti, questa applicazione non è contraria ad alcuna norma giuridica comunitaria ma, come è stato spiegato sopra, è pienamente conforme alle norme del Trattato applicabili in questo settore.
- 214 Di conseguenza, l'argomento dei ricorrenti, relativo al fatto che la decisione impugnata è illegittima perché applica il principio dell'investitore operante in un'economia di mercato ad un'impresa redditizia, deve essere respinto.

3. Requisiti di un rendimento medio nel settore considerato sui capitali apportati dall'investitore pubblico

a) Argomenti delle parti

- 215 I ricorrenti fanno valere che il requisito posto dalla Commissione nella decisione impugnata, di un rendimento minimo corrispondente al rendimento medio nel settore considerato sui capitali apportati dall'investitore pubblico è, in primo luogo, incompatibile con l'art. 87, n. 1, CE, in particolare, in quanto ignora l'effetto provocato dalla qualità del proprietario, in secondo luogo, è contrario sia alla comunicazione della Commissione del 1993 che alla sua prassi precedente e alla giurisprudenza della Corte e, in terzo luogo, è contrario all'art. 295 CE.

i) Sull'incompatibilità del requisito di un rendimento medio con l'art. 87, n. 1, CE

- 216 I ricorrenti contestano alla Commissione di basarsi esclusivamente su un rendimento medio per determinare il rendimento adeguato dei capitali apportati e di ritenere così che l'investitore operante in un'economia di mercato sia interessato solo ad un'ottimizzazione del rendimento, disconoscendo che vi sono investitori privati che perseguono altri scopi, come quelli legati a considerazioni relative a strategie imprenditoriali, sociali, culturali o altre. Inoltre, fanno valere che l'applicazione del rendimento medio impedisce illecitamente la valutazione delle circostanze particolari della causa, per quanto riguarda l'investitore, l'impresa e la transazione controversa, nonché il paragone di questa transazione con il comportamento di altre imprese in situazioni paragonabili. Il Land sostiene che la Commissione abusa del potere discrezionale che le viene riconosciuto in casi economici complessi, quando si basa sul rendimento medio come criterio di paragone, senza tener conto della paragonabilità delle imprese. Esso afferma che un rendimento medio è molto difficile da determinare nel settore bancario, date le differenze esistenti tra gli istituti bancari.
- 217 La WestLB ritiene che la Commissione sviluppi un'immagine erronea dell'investitore privato. Essa sostiene che anche un investitore che si basa su un principio di redditività applicherà ugualmente una strategia di diversificazione dei rischi e ripartirà i suoi capitali sul mercato. Realizzerà anche investimenti che si situano ad un livello medio o inferiore della scala di rendimento e che, per questo, presentano un livello di rischio relativamente basso. In tal modo, lo Stato riceverà una controprestazione adeguata per il suo investimento se, all'interno delle forcelle osservabili sul mercato, ottiene dal suo investimento un rendimento corrispondente al rischio corso.
- 218 Il Land sottolinea che molte imprese per anni generano utili minori rispetto a quelli dei loro concorrenti, senza che ciò comporti la loro eliminazione dal mercato, ma solo una remunerazione minore del capitale apportato, circostanza che spetta all'investitore valutare.

- 219 Secondo i ricorrenti, la Commissione non può sostenere di aver utilizzato il criterio del rendimento medio solo come «valore di base». Inoltre, la Commissione non può affermare l'esistenza di un aiuto di Stato senza aver dimostrato che nessun investitore privato in una situazione paragonabile avrebbe effettuato l'investimento alle stesse condizioni della transazione controversa. Ciò significherebbe, nella fattispecie, che la Commissione dovrebbe dimostrare che il rendimento atteso dal Land è manifestamente inferiore al margine all'interno del quale un investitore privato avrebbe messo a disposizione i capitali nella stessa situazione. Per il Land solo il limite inferiore di tale margine e non una media di tale margine può, a rigore, essere considerato valore minimo.
- 220 La WestLB fa valere anche che il requisito di un rendimento medio porta ad una monopolizzazione del mercato contraria agli obiettivi del diritto comunitario della concorrenza. Se gli investitori non investissero più in imprese che non offrono un rendimento almeno medio, qualsiasi apporto di capitali a tali imprese comporterebbe un aumento supplementare del rendimento medio del settore considerato. Orbene, ogni aumento del rendimento medio ridurrebbe il numero di imprese che sarebbero ancora in grado di offrirlo e che potrebbero ancora ottenere apporti di capitali. Al termine di un tale aumento costante della redditività media, resterebbe una sola impresa.
- 221 In ogni caso, il Land afferma che esso non ha mai apportato capitali rinunciando parzialmente o totalmente ad una remunerazione adeguata. Al contrario, esso fa presente di essere il socio più importante della WestLB, di aver ottenuto il versamento dei dividendi, che i suoi utili sono aumentati con l'apporto della WFA e, infine, che ha beneficiato dell'anticipo sugli utili convenuto dello 0,6%. Inoltre, l'investimento non comporterebbe per il Land praticamente alcun costo ed esso ne trarrebbe un profitto che altrimenti non avrebbe ottenuto. Qualsiasi investitore privato in una situazione paragonabile avrebbe agito allo stesso modo.
- 222 La WestLB e la Repubblica federale di Germania contestano inoltre alla Commissione di non prendere in considerazione nella decisione impugnata

l'effetto provocato dalla qualità di proprietario, effetto che si manifesta quando un investitore, che ha già una partecipazione in un'impresa nella quale vuole investire, aumenta mediante l'apporto di un nuovo capitale il valore del vecchio. Tale effetto spesso comporta che un investitore che abbia già effettuato investimenti in un'impresa apporta a quest'ultima capitali supplementari, anche se, al momento di questo investimento, essa presenta solo una redditività inferiore alla media.

223 Il Land aggiunge in particolare che, se l'investitore detiene una partecipazione maggioritaria in un'impresa, si deve presumere l'esistenza di un interesse durevole che motiva l'investimento e non una semplice ricerca di profitto a breve termine.

224 La presa in considerazione dell'effetto provocato dalla qualità di proprietario consentirebbe anche di effettuare una distinzione tra aiuti e apporti che non costituiscono aiuti. In tal modo, quando dal punto di vista di un acquirente potenziale, il valore di un'impresa aumenta, in seguito ad un apporto, almeno del valore di questo apporto, allora anche un investitore operante in un'economia di mercato avrebbe effettuato questo apporto, almeno nell'ipotesi in cui egli sia il proprietario di tale impresa. Se in seguito all'apporto il valore dell'impresa aumenta di un importo inferiore al valore dell'apporto, allora si tratterebbe di un aiuto. La Repubblica federale di Germania aggiunge che, ai fini di tale calcolo, è irrilevante che il Land non sia l'unico proprietario della WestLB. Inoltre, essa contesta alla Commissione di non aver fatto questo calcolo.

225 In risposta alle osservazioni del BdB a tal proposito, i ricorrenti sottolineano che l'effetto provocato dalla qualità di proprietario non si applica solo a taluni proprietari, ma a tutti gli apporti di capitali in imprese in cui l'investitore detiene già partecipazioni.

226 Infine, la WestLB fa valere che in un'economia dinamica sorgono continuamente nuove opportunità di investimento lucrativo dal rendimento superiore al

rendimento del mercato dei capitali proporzionale al rischio. Il proprietario di una banca che, con riferimento all'accresciuta severità delle disposizioni relative ai fondi propri, si trovi dinanzi all'alternativa tra l'apportare nuovi fondi propri dall'esterno o di essere impossibilitato a fornire alla sua clientela gli stessi crediti che in passato si troverebbe tra quelli che possono ottenere un rendimento eccedente rispetto a queste nuove opportunità d'investimento.

227 La Commissione contesta l'argomento dei ricorrenti e fa valere che il rendimento medio non costituisce il punto finale dell'esame diretto a determinare l'esistenza di un aiuto, ma un valore di base, a partire dal quale si effettua una valutazione concreta delle altre peculiarità dell'investimento per determinare una «remunerazione adeguata». La Commissione sostiene che, nella fattispecie, essa ha effettuato questa valutazione concreta e ha considerato le peculiarità della transazione controversa. Ciò emergerebbe per esempio dalla deduzione da essa effettuata per tener conto degli inconvenienti legati all'assenza di carattere liquido dei capitali (punti 202-205 della decisione impugnata) o della maggiorazione operata per prendere in considerazione altre peculiarità, come quella relativa all'importo del capitale della WFA in relazione agli altri fondi propri di garanzia della WestLB (punti 220 e 221).

228 La Commissione fa ancora valere che essa non doveva prendere in considerazione l'effetto provocato dalla qualità di proprietario, almeno secondo la formulazione proposta dalla WestLB e dalla Germania. Essa fa valere che una tale impostazione non tiene conto delle alternative di investimento al di fuori dell'impresa, che ogni investitore esaminerebbe tenendo conto del valore assoluto e relativo dell'investimento di cui trattasi nella transazione controversa. Essa fa valere anche che non è sufficiente che i poteri pubblici detengano una partecipazione in una data impresa affinché qualsiasi nuovo apporto di capitali venga automaticamente considerato conforme ai principi dell'economia di mercato. Un investitore operante in un'economia di mercato vorrà sapere, in ogni caso, se il suo investimento globale, composto dai mezzi già investiti e da nuovi apporti di capitale, gli permetterà di aspettarsi un rendimento adeguato.

ii) Sulla contraddizione tra la decisione impugnata e la comunicazione della Commissione del 1993, la sua prassi precedente e la giurisprudenza

- 229 In primo luogo, i ricorrenti e la Repubblica federale di Germania sostengono che il requisito di un rendimento medio è in contraddizione con il margine discrezionale riconosciuto all'investitore pubblico dai punti 27-29 della comunicazione del 1993. Per quanto riguarda l'argomento della Commissione secondo cui questo margine discrezionale è presente soprattutto quando il rendimento futuro è variabile, ad esempio quando apporti di fondi propri vengono remunerati in forma sotto forma di dividendi e di plusvalori, la Repubblica federale di Germania fa valere che tale prospettiva non corrisponde al margine discrezionale di cui gode un investitore operante in un'economia di mercato, che trova su questo mercato, anche nell'ambito delle remunerazioni fisse, una varietà di rendimenti diversi.
- 230 In secondo luogo, la WestLB cita diverse decisioni della Commissione per concludere che, per negare l'esistenza di un aiuto, questa istituzione si riferisce prevalentemente al fatto che l'impresa che beneficia dell'apporto di capitale è redditizia a lungo termine [v., in particolare la decisione della Commissione 31 gennaio 1996, 96/278/CE, concernente la ricapitalizzazione della società Iberia (GU L 104, pag. 25), e la decisione della Commissione relativa all'impresa Dufenco Clabecq riprodotta nella *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee* del 22 gennaio 1998 (GU C 20, pag. 3)].
- 231 In terzo luogo, la WestLB fa valere che il requisito di un rendimento medio come rendimento minimo non è compatibile con la giurisprudenza della Corte, che ha già ammesso che quando le misure statali consentono di garantire una redditività dell'impresa a lungo termine, l'investimento non costituisce un aiuto. Essa fa valere, in particolare, la giurisprudenza secondo cui la Corte ha ammesso l'importanza di taluni obiettivi che possano motivare un investitore privato, oltre la redditività, come una politica strutturale, globale o settoriale guidata da prospettive di redditività a lungo termine (sentenza Alfa Romeo, cit., punto 20); o la preoccupazione di conservare un'immagine di marchio, o di riorientare le sue attività (sentenza della Corte 21 marzo 1991, causa C-303/88, Italia/Commissione, Racc. pag. I-1433, punto 21); o ancora considerazioni legate alla

localizzazione, come quelle menzionate dall'avvocato generale van Gerven al paragrafo 14 delle sue conclusioni all'ultima sentenza citata (Racc. pag. I-1451), quando fa riferimento al fatto che una holding privata importante non potrà restare completamente insensibile all'impiego e allo sviluppo economico nella regione in cui opera. In tal modo, la WestLB fa valere che anche la transazione controversa è basata su considerazioni di localizzazione e che, per il Land, una Landesbank forte è un elemento importante per l'economia e l'immagine di marca del gruppo di imprese pubbliche del Land.

232 Il Land aggiunge che, secondo la Corte, occorre valutare se, in circostanze simili, un investitore di dimensioni paragonabili avrebbe proceduto all'apporto di capitali alle condizioni in questione (sentenza 10 luglio 1986, causa 40/85, Belgio/Commissione, cit., punto 13). Nello stesso senso la Corte avrebbe recentemente indicato che il comportamento di un ente pubblico dovrebbe distinguersi manifestamente da quello di un investitore privato nella stessa situazione per essere qualificato aiuto di Stato (sentenza DM Transport, cit.).

233 La Commissione, sostenuta dal BdB, contesta che vi sia una contraddizione tra la decisione impugnata e la comunicazione della Commissione del 1993 perché il margine discrezionale degli Stati membri in materia di apporti di fondi verrebbe preservato. Inoltre, la Commissione sostiene che tale margine discrezionale non può coprire il caso di decisioni che non sono state manifestamente prese a condizioni di mercato, come avviene nella transazione controversa. Questo margine discrezionale viene lasciato agli Stati membri soprattutto quando il rendimento futuro dipende dai risultati economici reali dell'impresa, come quando apporti di fondi propri vengono remunerati sotto forma di dividendi e di plusvalori.

iii) Sulla violazione dell'art. 295 CE tramite il requisito di un rendimento medio

234 I ricorrenti fanno valere, in primo luogo, che il requisito di un rendimento minimo sotto forma di rendimento medio costituisce una discriminazione delle

imprese pubbliche rispetto alle imprese private e una discriminazione dei poteri pubblici, in quanto investitori, in relazione agli investitori privati.

235 Contrariamente alla giurisprudenza della Corte, che avrebbe espressamente riconosciuto che le attività delle imprese pubbliche e private potevano perseguire obiettivi fondamentalmente diversi [sentenza della Corte 6 luglio 1982, cause riunite 188/80-190/80, Francia e a./Commissione, Racc. pag. 2545, punto 21, relativa alla direttiva della Commissione 25 giugno 1980, 80/723/CEE, relativa alla trasparenza delle relazioni finanziarie fra gli Stati membri e le loro imprese pubbliche (GU L 195, pag. 35)], la Commissione si lascerebbe guidare esclusivamente da un principio di redditività che essa vuole applicare indistintamente sia alle imprese pubbliche che private. Inoltre, l'introduzione del criterio di un rendimento medio, che è in funzione dell'insieme dei settori interessati, impedirebbe alle imprese pubbliche di perseguire altri fini, come missioni esclusivamente di interesse generale che sfuggono al controllo degli aiuti di Stato ai sensi dell'art. 86, n. 2, CE.

236 La WestLB sostiene anche che l'impostazione della Commissione ridurrebbe considerevolmente la libertà di investire dei poteri pubblici rispetto a quella degli investitori privati. Mentre un investitore privato ha perfettamente diritto ad investire in imprese dalla redditività inferiore alla media, i poteri pubblici potrebbero investire solo in imprese che raggiungono perlomeno un rendimento medio. Di conseguenza, dall'impostazione della Commissione emergerebbe che gli investitori privati possono effettuare i loro investimenti in funzione di uno spettro di motivazioni più ampio di quello dei poteri pubblici. Il Land sottolinea che le decisioni di investimento prese sia dagli investitori pubblici che da quelli privati non sono guidati solo dal rendimento atteso, ma anche da altre considerazioni, come da obiettivi strategici quali il miglioramento o il rafforzamento di partecipazioni esistenti.

237 In secondo luogo, la WestLB sostiene che il requisito di un rendimento medio delle imprese pubbliche comporta una pressione indiretta nel senso della

privatizzazione. Le imprese pubbliche aventi una redditività inferiore alla media sarebbero impossibilitate a soddisfare il bisogno di capitali supplementari, al contrario delle imprese private aventi la stessa redditività. Così, gli Stati membri sarebbero soggetti ad una pressione diretta a privatizzare tali imprese per evitare la loro scomparsa dal mercato.

- 238 La Commissione, sostenuta dal BdB, contesta anche l'argomento dei ricorrenti secondo cui il requisito di un rendimento medio viola l'art. 295 CE. In primo luogo, la Commissione respinge l'argomento secondo cui l'uso del rendimento medio per calcolare la «remunerazione adeguata» comporta una discriminazione nei confronti delle imprese pubbliche e dei poteri pubblici in quanto investitori.
- 239 Da una parte, per quanto riguarda le imprese pubbliche, la Commissione contesta il fatto che l'uso del criterio del rendimento medio impedisca loro di perseguire missioni pubbliche.
- 240 Dall'altra, per quanto riguarda i poteri pubblici, la Commissione osserva che la libertà d'investimento dello Stato non è ridotta rispetto a quella degli investitori privati, ma che si tratta semplicemente di valutare gli investimenti alla luce delle condizioni in vigore sul mercato considerato quando riguardano la parte concorrenziale di un'impresa pubblica.
- 241 Quanto agli interessi commerciali paragonabili degli investitori pubblici e privati, la Commissione sostiene che il ricorso al criterio del rendimento medio non implica alcuna discriminazione. L'investitore pubblico, come qualsiasi finanziatore privato, anche se il suo investimento è influenzato da considerazioni strategiche o a lungo termine, in fin dei conti si aspetterebbe un rendimento

adeguato. Inoltre, non esaminerebbe solo la questione se l'impresa in questione sia redditizia, ma anche se il rendimento corrisponda al tasso abituale di mercato. L'applicazione di questi medesimi criteri ad un investitore pubblico non costituirebbe quindi una discriminazione ma riflette solo l'applicazione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato.

- 242 In secondo luogo, la Commissione respinge l'argomento secondo cui l'uso corretto del criterio del rendimento medio comporta un obbligo di privatizzazione. Da una parte, questo rendimento si applicherebbe, come valore di riferimento, solo alle attività concorrenziali di un'impresa pubblica e dall'altra, il settore pubblico delle attività delle imprese pubbliche beneficerebbe della protezione particolare dell'art. 86, n. 2, CE. Non vi sarebbe un obbligo di privatizzazione, ma un obbligo di comportarsi in modo conforme al mercato nel settore di attività concorrenziale.

b) Giudizio del Tribunale

- 243 Come ricordato supra ai punti 206 e 207, l'art. 87, n. 1, CE è diretto ad evitare che gli scambi tra Stati membri siano pregiudicati da vantaggi accordati dai poteri pubblici che, in forme diverse, falsino o minaccino di falsare la concorrenza favorendo talune imprese o talune produzioni. Per valutare se una misura statale costituisca un aiuto, occorre quindi determinare se l'impresa beneficiaria riceva un vantaggio economico che non avrebbe ottenuto a condizioni normali di mercato.
- 244 Inoltre, secondo una giurisprudenza costante, l'intervento dei poteri pubblici nel capitale di un'impresa, in qualsiasi forma, può costituire un aiuto di Stato quando vengano soddisfatte le condizioni indicate all'art. 87 CE.

- 245 Per determinare se un tale intervento presenti il carattere di aiuto di Stato, va valutato se, in circostanze simili, un investitore privato operante in condizioni normali di un'economia di mercato (in prosieguo: un «investitore privato»), di dimensioni che possano essere paragonate a quelle di enti che gestiscono il settore pubblico, avrebbe potuto essere indotto a procedere all'apporto di capitali in questione (sentenze della Corte 21 marzo 1990, causa C-142/87, Belgio/Commissione, Racc. pag. I-959, punto 29, e Alfa Romeo, cit., punti 18 e 19). In particolare, è ragionevole chiedersi se un investitore privato avrebbe realizzato l'operazione controversa alle medesime condizioni e, in caso di risposta negativa, esaminare a quali condizioni egli avrebbe potuto realizzarla (sentenza del Tribunale 30 aprile 1998, causa T-16/96, Cityflyer Express/Commissione, Racc. pag. II-757, punto 51).
- 246 Infine, il paragone tra il comportamento dell'investitore pubblico e privato deve essere fatto in considerazione dell'atteggiamento che avrebbe tenuto, all'atto della transazione di cui trattasi, un investitore privato, alla luce delle informazioni disponibili e degli sviluppi prevedibili a quel momento (sentenza Cityflyer Express/Commissione, cit., punto 76).
- 247 Nella fattispecie, in via preliminare, si deve sottolineare che, nell'ambito del presente motivo, la questione che deve essere trattata è quella se, in generale, la Commissione sia autorizzata ad utilizzare il valore del rendimento medio nel settore considerato come strumento analitico per la determinazione del comportamento di un investitore privato.
- 248 Al contrario, la questione se, nel caso di specie, l'applicazione del principio dell'investitore privato sia o no viziata da illegittimità, in particolare per quanto riguarda la fissazione concreta del tasso di rendimento medio preso in considerazione dalla Commissione, rientra nell'esame del quinto motivo, che sarà analizzato infra.

249 In primo luogo i ricorrenti sostengono essenzialmente che l'uso del rendimento medio è contrario all'art. 87, n. 1, CE. Essi contestano alla Commissione di essersi basata esclusivamente su un rendimento medio per determinare la remunerazione adeguata della transazione controversa, non prendendo in considerazione tutte le circostanze particolari del caso, ritenendo che un investitore privato sia interessato solo all'ottimizzazione del rendimento, e non prendendo in considerazione l'effetto provocato dalla qualità del proprietario.

250 Innanzi tutto si deve rilevare che il rendimento medio costituisce solo uno strumento analitico utilizzato nell'ambito dell'applicazione dell'art. 87, n. 1, CE.

251 Così, da una parte, il rendimento medio non può essere un criterio automatico per determinare l'esistenza e le dimensioni di un aiuto di Stato. Non esonera la Commissione dal suo obbligo di effettuare un'analisi completa di tutti gli elementi rilevanti della transazione controversa e del suo contesto, compresa la situazione dell'impresa beneficiaria e del mercato considerato, per verificare se l'impresa beneficiaria percepisca un vantaggio economico che non avrebbe avuto in condizioni normali di mercato.

252 D'altra parte, l'uso del rendimento medio come strumento analitico è subordinato a tutte le regole di diritto comunitario in materia di aiuti di Stato. Ad esempio l'uso del rendimento medio non può esonerare la Commissione dal suo obbligo di tenere in considerazione la possibilità che l'aiuto in questione soddisfi eventualmente le condizioni per essere autorizzato dalla deroga prevista dall'art. 86, n. 2, CE.

- 253 L'uso del rendimento medio non pregiudica peraltro il dovere spettante alla Commissione, ai sensi dell'art. 253 CE, di motivare sufficientemente la sua decisione finale relativa all'esistenza e alle dimensioni dell'aiuto di Stato in questione.
- 254 A queste condizioni, l'uso del rendimento medio del settore considerato come strumento analitico, tra gli altri, può essere giustificato nell'ambito dell'applicazione del principio dell'investitore privato, per determinare se, e all'occorrenza in che misura, l'impresa beneficiaria riceva un vantaggio economico che non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato.
- 255 Infatti, il comportamento di un investitore privato in un'economia di mercato è guidato da prospettive di redditività (sentenza del Tribunale 12 dicembre 2000, causa T-296/97, Alitalia/Commissione, Racc. pag. II-3871, punto 84). In tal modo, l'uso del rendimento medio deve corrispondere all'idea che un investitore privato accorto — cioè un investitore che desideri massimizzare i suoi profitti, ma senza correre troppi rischi rispetto agli altri partecipanti al mercato — nel suo calcolo della remunerazione adeguata attesa per il suo investimento persegue, in via di principio, un rendimento minimo equivalente al rendimento medio del settore considerato.
- 256 Nella fattispecie, si deve sottolineare che l'uso del rendimento medio rientra nell'ambito dell'applicazione del principio dell'investitore privato ad un'impresa redditizia. Inoltre, per calcolare l'esistenza e l'importo dell'aiuto, era necessario per la Commissione utilizzare un valore di riferimento nel suo raffronto tra la transazione controversa e il comportamento dell'investitore privato.
- 257 Per quanto riguarda gli argomenti relativi al fatto che un'investitore privato non è interessato solo ad un'ottimizzazione del rendimento dei suoi investimenti e che

la Commissione non ha preso in considerazione l'effetto provocato dalla qualità del proprietario, si deve ripetere che l'uso del rendimento medio non esonera la Commissione dal suo obbligo di esaminare tutti gli elementi rilevanti della transazione controversa e del suo contesto. Tale questione verrà analizzata infra, nell'ambito dell'esame dell'applicazione al caso di specie del principio dell'investitore privato.

258 Di conseguenza, si deve considerare che il semplice utilizzo da parte della Commissione di un rendimento minimo corrispondente al rendimento medio nel settore considerato come strumento analitico, impiegato nell'ambito della presa in considerazione di tutti gli elementi rilevanti del caso di specie, non è contraria all'art. 87, n. 1, CE.

259 In secondo luogo, i ricorrenti fanno valere che la decisione impugnata è in contraddizione con la comunicazione della Commissione del 1993, con la sua prassi precedente e con la giurisprudenza.

260 Per quanto riguarda il punto 27 della comunicazione menzionata, va segnalato che la Commissione vi riconosce che all'investitore deve essere lasciato un margine discrezionale per procedere all'analisi del rischio dell'investimento, ma essa dichiara che, tale valutazione impone «alle imprese pubbliche, come a quelle private, di esercitare capacità imprenditoriali». Al punto 29 essa ripete l'idea secondo cui «le decisioni imprenditoriali di investimento comportano necessariamente un ampio margine di valutazione», ma essa integra questa idea in un'analisi più generale su come determinare se sussista oppure no un aiuto di Stato, circostanza che nemmeno permette di suffragare l'argomento dei ricorrenti.

261 Inoltre, come fa presente la Commissione, si può distinguere tra la stima del rendimento probabile del progetto, in cui vi è un certo margine discrezionale per

l'investitore pubblico e l'esame che questo investitore effettua per determinare se il rendimento gli sembra sufficiente per realizzare l'investimento di cui trattasi, per il quale il margine discrezionale è meno ampio, poiché è possibile paragonare la transazione in questione con altre possibilità d'investimento del capitale da investire.

262 Quanto alla pretesa contraddizione tra il requisito di un rendimento medio e la prassi della Commissione e la giurisprudenza, basata sul fatto che né la Commissione, né il giudice comunitario avrebbero in precedenza richiesto un tale rendimento per determinare se un aiuto di Stato sussista oppure no, si deve considerare che, in ogni caso, questa prassi o la giurisprudenza non hanno nemmeno escluso la possibilità di porre un tale requisito. Al contrario, la giurisprudenza relativa alla nozione di aiuto di Stato esprime un criterio materiale che implica la possibilità di utilizzare il rendimento medio in sede di applicazione del principio dell'investitore privato (v. la giurisprudenza citata supra al punto 207 e, per esempio, le sentenze Banco Exterior de España, cit., punto 13, e SFEI e a., cit., punti 58-62).

263 Infine, va ricordato che, anche se l'uso del rendimento medio in sede di applicazione di questo principio costituisce uno sviluppo rispetto alla prassi anteriore della Commissione e alla giurisprudenza comunitaria, non verrebbe tuttavia messa in questione la base giuridica di questo utilizzo. Infatti, nei limiti sopra menzionati (v. punti 250-253 e 255), questo utilizzo non è contrario ad alcuna norma giuridica comunitaria, ma come è appena stato spiegato, è conforme alle regole applicabili a tale settore.

264 Di conseguenza, alla luce di quanto sopra esposto va osservato che la comunicazione della Commissione del 1993, la prassi precedente della convenuta e la giurisprudenza non possono mettere in questione la legittimità dell'uso del rendimento medio nell'applicazione del principio dell'investitore privato.

- 265 In terzo luogo, i ricorrenti sostengono che l'uso da parte della Commissione del rendimento medio è contrario all'art. 295 CE, in particolare perché tale uso comporterebbe una discriminazione delle imprese pubbliche rispetto alle imprese private e una discriminazione dei poteri pubblici, che agiscono come investitori, rispetto agli investitori privati.
- 266 A tal riguardo occorre sottolineare che, come ricordato supra al punto 193, le regole di concorrenza sono applicabili indistintamente alle imprese pubbliche e private e che l'art. 295 CE non è in contrasto con tale principio.
- 267 Inoltre, conformemente ad una costante giurisprudenza, dal principio della parità di trattamento tra le imprese pubbliche e quelle private discende che i capitali messi a disposizione di un'impresa, direttamente o indirettamente, da parte dello Stato, in circostanze che corrispondono alle normali condizioni del mercato, non possono essere considerati aiuti di Stato (sentenza Italia/Commissione, cit. al punto 231, punto 20, e sentenza 16 maggio 2002, Francia/Commissione, cit., punto 69).
- 268 In tale contesto, l'uso del rendimento medio, come strumento analitico nell'applicazione del principio dell'investitore privato, è diretto proprio a determinare se la transazione controversa sia stata effettuata in circostanze che corrispondano alle condizioni normali del mercato.
- 269 Poiché l'uso del rendimento medio rispetta le condizioni indicate supra ai punti 250-253 e 255, non si può ritenere che esso è viziato da violazione del principio della parità di trattamento tra le imprese pubbliche e le imprese private, o tra investitori pubblici e privati.

- 270 Infatti, poiché la Commissione deve esaminare sempre tutti gli elementi rilevanti dell'operazione controversa e il suo contesto, essa deve prendere in considerazione la questione se un investitore privato accorto, al posto dell'investitore pubblico in questione, avrebbe accettato come remunerazione adeguata un rendimento inferiore al rendimento medio del settore considerato, per considerazioni economiche diverse dall'ottimizzazione del suo rendimento. La stessa osservazione si applica all'argomento relativo ad una asserita discriminazione tra imprese pubbliche e private, poiché anche le peculiarità della transazione controversa relative all'impresa beneficiaria devono essere prese in considerazione nell'ambito dell'applicazione del principio dell'investitore privato.
- 271 Inoltre, si deve sottolineare che nemmeno il requisito diretto a prendere in considerazione il comportamento dell'investitore privato accorto per valutare il comportamento dell'investitore pubblico, mentre il comportamento di un qualsiasi investitore privato non è soggetto a tale restrizione, può essere considerato come comportante una discriminazione rispetto all'investitore pubblico.
- 272 Infatti, il principio di parità vieta di trattare in modo diverso situazioni analoghe, causando con ciò un pregiudizio a taluni operatori rispetto ad altri, senza che questo diverso trattamento sia giustificato dall'esistenza di differenze obiettive di un certo rilievo (sentenza del Tribunale 7 luglio 1999, causa T-106/96, *Wirtschaftsvereinigung Stahl/Commissione*, Racc. pag. II-2155, punto 103). Orbene, l'investitore pubblico non si trova nella stessa situazione dell'investitore privato. Quest'ultimo può contare solo sulle proprie risorse per finanziare i suoi investimenti e risponde quindi col suo patrimonio delle conseguenze delle sue scelte. L'investitore pubblico, invece, ha accesso a risorse derivanti dall'esercizio del potere pubblico, segnatamente quelle provenienti dalle imposte. Pertanto, poiché le situazioni di questi due tipi di investitori non sono identiche, la presa in considerazione del comportamento dell'investitore privato accorto per valutare il comportamento dell'investitore pubblico non può costituire una discriminazione nei confronti di quest'ultimo.

- 273 Infine, contrariamente a quanto sostengono i ricorrenti, l'uso del rendimento medio non impedisce alle imprese pubbliche di svolgere missioni di interesse generale protette dall'art. 86, n. 2, CE, poiché la Commissione deve sempre prendere in considerazione la possibilità che l'aiuto in questione soddisfi eventualmente le condizioni poste da tale disposizione per essere autorizzato.
- 274 Di conseguenza, si deve affermare che, alla luce di quanto spiegato sopra, nemmeno l'uso del rendimento medio nell'applicazione del principio dell'investitore privato è contrario all'art. 295 CE.
- 275 Ne consegue che la censura dei ricorrenti basata sull'illegittimità dell'uso nella decisione impugnata di un rendimento medio nell'ambito dell'applicazione del principio dell'investitore privato non può essere accolta.
- 276 Da quanto precede emerge che il secondo aspetto del quarto motivo dei ricorrenti, relativo alla circostanza che, nella decisione impugnata, la Commissione avrebbe ampliato illecitamente la nozione di aiuto di Stato, deve essere respinto.
- 277 Ciò premesso, il motivo dei ricorrenti basato sulla violazione degli artt. 87, n. 1, CE e 295 CE, in quanto la Commissione avrebbe effettuato un'interpretazione erronea della nozione di aiuto di Stato nella decisione impugnata, deve essere respinto.

V — Sul quinto e sesto motivo, relativi alla violazione dell'obbligo di motivazione e alla violazione degli artt. 87, n. 1, CE e 295 CE, per quanto riguarda, in primo luogo, l'esistenza di risorse statali, in secondo luogo, il fatto che secondo la Commissione la transazione controversa falsa la concorrenza e pregiudica gli scambi tra Stati membri e, in terzo luogo, l'applicazione da parte della Commissione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato

278 In via preliminare, per quanto riguarda l'obbligo di motivazione, occorre ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, la portata dell'obbligo di motivazione dipende dalla natura dell'atto in questione e dal contesto nel quale è stato adottato. La motivazione deve fare apparire in modo chiaro e non equivoco il ragionamento dell'istituzione in modo da consentire, da una parte, al giudice comunitario di esercitare il suo controllo di legittimità e dall'altra, agli interessati di conoscere le giustificazioni della misura adottata, per poter difendere i loro diritti e verificare se la decisione è fondata oppure no (sentenze *Skibsværftsforeningen e a./Commissione*, cit., punto 230, e *EPAC/Commissione*, cit., punto 34).

279 Non viene richiesto che la motivazione specifichi tutti gli elementi di fatto e di diritto rilevanti, in quanto il problema di stabilire se la motivazione di un atto soddisfi le condizioni dell'art. 253 CE va valutato alla luce non solo del suo tenore ma anche del suo contesto nonché del complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia (sentenze del Tribunale *Skibsværftsforeningen e a./Commissione*, cit., punto 230, e 15 giugno 2000, cause riunite T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97-T-607/97, T-1/98, da T-3/98 a T-6/98 e T-23/98, *Alzetta e a./Commissione*, Racc. pag. II-2319, punto 175).

280 In particolare, la Commissione non è obbligata a prendere posizione su tutti gli argomenti che gli interessati fanno valere dinanzi ad essa, ma le è sufficiente esporre i fatti e le considerazioni giuridiche aventi un ruolo essenziale

nell'adozione della decisione (sentenze del Tribunale 8 giugno 1995, causa T-459/93, Siemens/Commissione, Racc. pag. II-1675, punto 31, e EPAC/Commissione, cit., punto 35).

- 281 Per quanto riguarda ad esempio la qualificazione di una misura di aiuto, l'obbligo di motivazione richiede che siano indicate le ragioni in base alle quali la Commissione considera che la misura di cui trattasi rientri nella sfera di applicazione dell'art. 87, n. 1, CE (sentenza EPAC/Commissione, cit., punto 36).
- 282 Per quanto riguarda l'esame di merito della decisione impugnata, occorre ricordare che la valutazione, da parte della Commissione, della questione se un investimento soddisfi il criterio dell'investitore operante in un'economia di mercato implica una valutazione economica complessa. Ora, la Commissione, quando adotta un atto che implica una valutazione economica complessa di questo tipo, gode di un ampio potere discrezionale ed il sindacato giurisdizionale di tale atto, pur essendo in linea di principio «completo» per quanto riguarda la questione se un provvedimento rientri nel campo di applicazione dell'art. 87, n. 1, CE, si limita alla verifica del rispetto delle norme riguardanti la procedura e la motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti presi in considerazione per compiere la scelta contestata, dell'assenza di errori manifesti nella valutazione di tali fatti oppure dell'assenza di sviamento di potere. In particolare, non spetta al Tribunale sostituire la sua valutazione economica a quella dell'autore della decisione (sentenze del Tribunale 15 settembre 1998, cause riunite T-126/96 e T-127/96, BFM e EFIM/Commissione, Racc. pag. II-3437, punto 81, e Alitalia/Commissione, cit., punto 105, e giurisprudenza ivi citata).
- 283 L'analisi del Tribunale dei presenti motivi è diretto a determinare se la decisione impugnata sia viziata da un difetto di motivazione, o se sia viziata da una violazione degli artt. 87, n. 1, CE e 295 CE. A quest'ultimo proposito, il Tribunale esaminerà in particolare se la Commissione abbia commesso un errore manifesto di valutazione per quanto riguarda l'applicazione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato riguardo alla transazione controversa.

A — Primo aspetto: violazione dell'obbligo di motivazione per quanto riguarda l'esistenza di risorse statali

1. Argomenti delle parti

284 Il Land sostiene che la Commissione non abbia sufficientemente motivato l'esistenza di risorse statali impiegate nella transazione controversa.

285 La Commissione contesta di non aver motivato l'impiego di risorse statali nella transazione controversa. Ricorda di aver spiegato che la WfA è un'impresa pubblica che utilizza fondi pubblici e che l'apporto di un tale patrimonio sotto forma di capitale ad un'impresa implicava per forza la messa a disposizione di risorse statali.

2. Giudizio del Tribunale

286 Come sottolineato supra al punto 182 e come esposto ai punti 27-30 e 38 della decisione impugnata, è pacifico che la WfA era un ente di diritto pubblico che disponeva di fondi pubblici, che il Land era l'unico azionista della WfA e che essa è stata incorporata nella WesLB da una legge emanata dal parlamento del Land. Alla luce di ciò, è chiaro che la transazione controversa implica la messa a disposizione di risorse statali. La motivazione fornita a tal riguardo dalla decisione impugnata è quindi sufficiente.

B — Secondo aspetto: violazione dell'obbligo di motivazione e violazione dell'art. 87, n. 1, CE, per quanto riguarda il fatto che la transazione controversa falsa la concorrenza e pregiudica gli scambi tra Stati membri

1. Argomenti delle parti

²⁸⁷ La WestLB, basandosi sulla sentenza della Corte 13 marzo 1985, cause riunite 296/82 e 318/82, Paesi Bassi e Leeuwarder Papierwarenfabriek/Commissione (Racc. pag. 809, punto 24), fa valere che la Commissione ha violato anche il suo obbligo di motivazione quanto all'esistenza della distorsione di concorrenza e della restrizione degli scambi tra gli Stati membri. A questo proposito, la decisione si limiterebbe a constatazioni generali riguardo la liberalizzazione dei mercati finanziari e a far valere la presenza della WestLB all'estero.

²⁸⁸ Inoltre, in via subordinata, per il caso in cui l'interpretazione della nozione di aiuto di Stato adottata nella decisione impugnata fosse corretta, la WestLB fa valere che il trasferimento della WfA alla WestLB non falsa la concorrenza, né pregiudica gli scambi tra Stati membri. Anche se la misura in questione costituisse un aiuto di Stato, la Commissione dovrebbe provare che essa falsa la concorrenza e pregiudica gli scambi tra Stati membri, cosa che non avrebbe fatto. La sola circostanza che la WestLB non esercita le sue attività solo nel Land Nordrhein-Westfalen ma anche all'estero non sarebbe sufficiente per presupporre una distorsione di concorrenza. Inoltre, il riferimento alla relazione sulla legge del Land a proposito del trasferimento della WfA alla WestLB non potrebbe dimostrare di per sé la restrizione degli scambi tra Stati membri. La restrizione degli scambi dovrebbe essere dimostrata obiettivamente e le motivazioni del legislatore sono irrilevanti nel presente contesto.

- 289 La Commissione fa valere che essa ha sufficientemente motivato la decisione impugnata per quanto riguarda l'esistenza di una distorsione della concorrenza e del pregiudizio agli scambi tra Stati membri. Essa ricorda di aver indicato l'esistenza di uno stretto legame tra i fondi propri di un istituto di credito e le sue attività bancarie e il fatto che la WestLB «offra i suoi servizi in concorrenza con altre banche europee». Il BdB aggiunge che i ricorrenti avevano partecipato al procedimento e conoscevano quindi tutti i dettagli della posizione della Commissione sul punto in questione (sentenza del Tribunale 29 settembre 2000, causa T-55/99, CETM/Commissione, Racc. pag. II-3207, punti 76 e segg. e 100 e segg.)
- 290 Inoltre, per la Commissione, la transazione controversa è idonea a restringere la concorrenza poiché essa ha accordato alla WestLB vantaggi che le hanno consentito di risparmiare sulle spese pur rispettando criteri più rigidi di solvibilità. Essa avrebbe anche rafforzato la sua posizione rispetto a quella degli altri concorrenti, sia nel commercio nazionale che negli scambi intracomunitari, circostanza che basterebbe a presumere l'esistenza di una distorsione della concorrenza e di un pregiudizio degli scambi tra gli Stati membri (conclusioni dell'avvocato generale Saggio nella causa Germania/Commissione, sentenza della Corte 19 settembre 2000, causa C-156/98, Racc. pag. I-6857, in particolare pag. I-6864, punto 24, e dell'avvocato generale Cosmas nella causa Germania/Commissione, sentenza della Corte 5 ottobre 2000, causa C-288/96, Racc. pag. I-8237, in particolare pag. I-8241, punti 106 e segg.). Il BdB aggiunge che, poiché la WestLB paga per il capitale della WfA interessi non conformi al mercato, essa riceve un aiuto al funzionamento. Orbene, secondo la giurisprudenza della Corte, si presuppone che gli aiuti per il funzionamento falsino di per sé la concorrenza e la ricorrente non ha fatto venire meno tale presunzione.
- 291 Per quanto riguarda il pregiudizio degli scambi tra gli Stati membri, la Commissione ricorda le motivazioni della legge del Land a proposito del trasferimento della WfA alla WestLB, che espongono che la transazione controversa allora in discussione era diretta a rafforzare «la capacità concorrenziale nazionale e internazionale» di quest'ultima.

2. Giudizio del Tribunale

- 292 Per quanto riguarda la motivazione del punto in esame, va ricordato che, oltre alla giurisprudenza citata supra ai punti 278-281, anche nel caso in cui possa evincersi dalle circostanze stesse in cui l'aiuto è stato concesso che esso è atto ad incidere sugli scambi fra Stati membri e a falsare o a minacciare di falsare la concorrenza, la Commissione è tenuta quanto meno ad evocare queste circostanze nella motivazione della sua decisione (sentenze della Corte 7 giugno 1988, causa 57/86, Grecia/Commissione, Racc. pag. 2855, punto 15; e 24 ottobre 1996, cause riunite C-329/93, C-62/95 e C-63/95, Germania e a./Commissione, Racc. pag. I-5151, punto 52, e del Tribunale 30 aprile 1998, causa T-214/95, Vlaams Gewest/Commissione, Racc. pag. II-717, punto 64).
- 293 Orbene, occorre constatare che nella decisione impugnata, la convenuta ha osservato, in particolare, che la WestLB era una banca commerciale generalista a vocazione internazionale; che la sua presenza all'estero è più forte in Europa; che le sue attività all'estero rappresentavano nel 1997, il 48% delle sue entrate non consolidate; che essa offre i suoi servizi in concorrenza con altre banche europee; che esiste uno stretto legame tra i fondi propri di un istituto di credito e le sue attività bancarie (punti 17-20, 55-66 e 157-160 della decisione impugnata).
- 294 In tal modo la convenuta ha esposto in modo sufficientemente chiaro i fatti e le considerazioni giuridiche che rivestono un'importanza essenziale nell'economia della decisione a questo riguardo. Questa motivazione consente ai ricorrenti e al giudice comunitario di conoscere le ragioni per le quali la convenuta ha considerato che la transazione controversa comportava una distorsione della concorrenza e pregiudicava il commercio dell'Unione.

- 295 Inoltre, non spettava alla Commissione effettuare un'analisi economica di dati numerici estremamente dettagliata, poiché essa aveva indicato in che modo gli effetti sulla concorrenza e il pregiudizio degli scambi tra Stati membri erano manifesti.
- 296 Infine, la Commissione non era tenuta a dimostrare gli effetti concreti che detto aiuto ha avuto sulla concorrenza e sugli scambi tra gli Stati membri. Infatti, l'obbligo della Commissione di fornire una simile prova finirebbe con il favorire gli Stati membri che concedono aiuti in violazione dell'obbligo di notifica previsto dall'art. 88, n. 3, CE, danneggiando quegli Stati che notificano gli aiuti ancora in fase di progetto (sentenza del Tribunale Vlaams Gewest/Commissione, cit., punto 67; CETM/Commissione, cit., punto 103, e 30 gennaio 2002, causa T-35/99, Keller e Keller Meccanica/Commissione, Racc. pag. II-261, punto 85).
- 297 Di conseguenza, il presente aspetto del quinto e sesto motivo deve essere respinto per quanto riguarda l'asserito difetto di motivazione.
- 298 Quanto alla fondatezza della decisione della Commissione sulla presente questione occorre ricordare che, secondo una giurisprudenza costante, anche un aiuto di entità relativamente esigua può incidere sugli scambi fra Stati membri qualora il settore nel quale opera l'impresa che ne fruisce sia caratterizzato da una forte concorrenza (sentenze della Corte 11 novembre 1987, causa 259/85, Francia/Commissione, Racc. pag. 4393, punto 24, e 21 marzo 1991, Italia/Commissione, cit., punto 27; sentenza Vlaams Gewest/Commissione, cit., punto 49).

- 299 Inoltre, allorché un aiuto finanziario concesso da uno Stato o con risorse statali rafforza la posizione di un'impresa nei confronti di altre imprese concorrenti negli scambi intracomunitari, questi sono da considerarsi influenzati dall'aiuto (sentenza della Corte 17 settembre 1980, causa 730/79, Philip Morris/Commissione, Racc. pag. 2671, punto 11; sentenze Vlaams Gewest/Commissione, cit., punto 50, CETM/Commissione, cit., punto 86).
- 300 Infine, aiuti diretti ad alleviare le imprese beneficiarie da tutte o parte delle spese che esse avrebbero dovuto normalmente sostenere nell'ambito della loro gestione corrente o delle loro normali attività falsano in linea di principio la concorrenza (v. sentenze Siemens/Commissione, cit., punti 48 e 77, e Vlaams Gewest/Commissione, cit., punto 43).
- 301 Nella fattispecie, si deve sottolineare che la transazione controversa ha rafforzato la posizione della WestLB rispetto a quella dei suoi concorrenti. Poiché la dimensione della transazione e della WestLB, come la rilevante presenza di quest'ultima sui mercati internazionali, è evidente alla luce della giurisprudenza citata che correttamente la convenuta ha concluso che la transazione controversa era idonea a falsare la concorrenza e a pregiudicare gli scambi tra gli Stati membri.
- 302 Questa constatazione è confermata dalle motivazioni della legge del Land relativa al trasferimento della WfA alla WestLB, che indicano che la transazione controversa era diretta a rafforzare «la capacità concorrenziale nazionale e internazionale» di quest'ultima.

303 Da quanto precede emerge che il presente aspetto deve essere integralmente respinto.

C — Terzo aspetto: violazione degli artt. 87, n. 1, CE e 295 CE, per quanto riguarda l'applicazione da parte della Commissione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato e violazione dell'obbligo di motivazione riguardante taluni elementi presi in considerazione nel calcolo della remunerazione adeguata

304 I ricorrenti, sostenuti dalla Repubblica federale di Germania, fanno valere la violazione dell'obbligo di motivazione riguardante taluni elementi presi in considerazione nel calcolo della remunerazione adeguata dell'apporto in questione e, in subordine, per il caso in cui l'interpretazione della nozione di aiuto di Stato venisse giudicata corretta dal Tribunale, contestano l'applicazione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato fatta dalla decisione impugnata. In primo luogo, essi fanno valere che la decisione impugnata non prende in considerazione le peculiarità della transazione controversa. In secondo luogo, per quanto riguarda i capitali propri che non possono essere utilizzati dalla WestLB per ampliare le sue attività commerciali, da una parte, fanno valere un difetto di motivazione della fissazione della remunerazione di questi capitali al tasso dello 0,3% al netto delle tasse e, dall'altra, sostengono che il vantaggio patrimoniale ricevuto dalla WestLB non riguarda tali capitali. In terzo luogo, quanto al capitale della WfA utilizzabile per garantire le operazioni commerciali della WestLB, i ricorrenti, da una parte, fanno valere l'esistenza di un difetto di motivazione per quanto riguarda diversi elementi relativi al calcolo della remunerazione adeguata e, dall'altra, contestano la fondatezza della remunerazione che è stata calcolata dalla Commissione.

1. Assenza della presa in considerazione delle particolarità della transazione controversa

a) Argomenti delle parti

305 I ricorrenti, e in particolare il Land, fanno valere che la Commissione ha commesso un errore manifesto di valutazione nell'applicazione fatta nella decisione impugnata del principio dell'investitore privato non avendo preso in considerazione talune peculiarità della transazione controversa.

306 Essi osservano che, in primo luogo, per quanto riguarda l'investitore, la transazione controversa era il solo atto che consentisse di migliorare la redditività della WfA e di attuare il concetto di banca di Stato alla luce delle nuove disposizioni prudenziali. In secondo luogo, data la missione di interesse generale della WfA, non era possibile ottenere un qualsiasi rendimento del suo patrimonio. Poiché il Land, mediante la transazione controversa, ha potuto ottenere notevoli redditi pur conservando le limitazioni del patrimonio della WfA, la transazione costituiva l'uso economico più giudizioso di questo patrimonio.

307 In terzo luogo, in caso di ritiro o di scioglimento della WestLB, il valore della WfA, eventualmente aumentato, spetterà al solo Land. In quarto luogo, dato che il patrimonio della WfA costituisce una garanzia di secondo grado nelle relazioni interne, un'azione di garanzia contro il patrimonio della WfA è molto improbabile, anche nel caso improbabile di perdite della WestLB. In quinto luogo, la transazione ha prodotto effetti di sinergia per un importo di DEM 30 milioni all'anno, che fanno parte del rendimento atteso.

308 In sesto luogo, i ricorrenti sottolineano che il patrimonio della WfA non è un capitale liquido, ma ha una destinazione precisa che la transazione controversa non ha modificato, e che diminuisce il suo valore. A questo riguardo, essi fanno valere che la Commissione ha erroneamente valutato gli svantaggi legati all'assenza di liquidità del patrimonio della WfA. I ricorrenti ritengono che, per calcolare la remunerazione adeguata, rileva solo il punto di vista dell'investitore. Di conseguenza, contrariamente a quanto sostiene la Commissione nella decisione impugnata (v. supra, punto 45), la detraibilità dalle imposte dei costi di rifinanziamento della WestLB non è rilevante ai fini di tale calcolo e il tasso di rifinanziamento dell'8,26% deve essere interamente sottratto al tasso di rendimento relativo ad un capitale proprio liquido. Inoltre, un risparmio sulle imposte sulle società è fiscalmente neutro, poiché comporta presso l'investitore una diminuzione dell'avere risultante dal procedimento di compensazione relativo all'imposta sulle società in vigore in Germania al momento della transazione controversa. Infine, in ragione dell'assenza di trasferimento di liquidi, il rischio del Land viene considerevolmente ridotto, circostanza che avrebbe dovuto portare la Commissione ad effettuare una riduzione supplementare della remunerazione adeguata.

309 La Commissione, invece, sostenuta dal BdB, ritiene di aver correttamente tenuto conto delle peculiarità della transazione controversa e spiega perché queste non dovevano condurla ad una valutazione diversa da quella della decisione impugnata. In primo luogo, essa sostiene di aver preso in considerazione la situazione iniziale del Land, in quanto investitore, ma sottolinea che la sua valutazione di questa situazione è diversa da quella dei ricorrenti. In secondo luogo, essa contesta la rilevanza degli argomenti dei ricorrenti relativi alla missione di interesse pubblico della WfA facendo valere, in particolare, che i ricorrenti confondono il ruolo dello Stato come imprenditore e quello che gli spetta in quanto titolare di sovranità.

310 In terzo luogo, la Commissione osserva che il diritto prioritario del Land alla sua remunerazione per la transazione controversa è piuttosto la conseguenza necessaria del fatto che il Land non ha beneficiato di diritti di proprietà elargiti in seguito al trasferimento patrimoniale. In quarto luogo, essa contesta la rilevanza dell'argomento secondo il quale il patrimonio della WfA costituisce solo una garanzia di secondo grado nelle relazioni interne, facendo presente che la

garanzia disponibile prima della transazione era di DEM 5,1 miliardi e che gli attivi della WfA erano stimati secondo il bilancio della WestLB in DEM 5,9 miliardi, di cui 4 miliardi sono stati riconosciuti dal Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen. In quinto luogo, essa ritiene che gli effetti di sinergia non devono essere considerati parte della remunerazione dei capitali della WfA, poiché essi non comportano alcun costo per la WestLB.

311 In sesto luogo, per quanto riguarda il carattere specifico dei fondi della WfA, essa fa valere, in particolare, che il fatto che il capitale della WfA sia stato ammesso a titolo di fondi propri del nucleo originale, dimostra che esso è realmente disponibile per la WestLB per poter assorbire eventuali perdite. Questi fondi apportano, quindi, un vantaggio concorrenziale alla WestLB sul mercato dei servizi finanziari.

312 A tal riguardo, la Commissione sostiene anche di aver correttamente preso in considerazione l'inconveniente legato all'assenza di liquidità dei fondi nel calcolo della remunerazione adeguata. Essa fa valere che, per stabilire la remunerazione adeguata sulla base del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato, ciò che è determinante è il modo in cui il beneficiario considera il vantaggio concreto che gli viene conferito. Così, solo le spese nette di rifinanziamento, cioè le spese che non vengono compensate da un'imposta minore, sono da prendere in considerazione come spese supplementari giustificate dal carattere particolare del capitale trasferito. Inoltre, la Commissione ricorda che essa ritiene che il credito d'imposta relativo al procedimento di compensazione non svolge alcun ruolo nel calcolo della remunerazione adeguata. Essa fa valere anche che una riduzione supplementare motivata dal rischio ridotto per il Land non sarebbe fondata.

b) Giudizio del Tribunale

313 Per quanto riguarda il primo e il secondo argomento dei ricorrenti, in via preliminare, si deve sottolineare che nell'ambito dell'applicazione del principio

dell'investitore privato, non basta paragonare il rendimento che il Land ottiene dalla transazione controversa con quello che otteneva per il patrimonio della WfA prima di questa transazione. Infatti, è pacifico che il patrimonio della WfA, la cui unica missione è la promozione dell'edilizia abitativa, non era soggetto alla logica di un investitore privato. Al contrario, occorre paragonare il rendimento ottenuto dal Land grazie alla transazione controversa con il rendimento che un investitore privato ipotetico, in una situazione simile per quanto possibile a quella del Land, avrebbe chiesto per questa transazione (v., in tal senso, sentenza DM Transport, cit., punto 25).

- 314 Orbene, si deve sottolineare che, normalmente, un investitore privato non si accontenta del fatto che un investimento non gli causi perdite, o gli procuri utili limitati. Infatti, cercherà una massimizzazione ragionevole del rendimento del suo investimento, in funzione delle circostanze presenti e della soddisfazione dei suoi interessi a corto, medio e lungo termine, incluso nel caso di un investimento in un'impresa nel cui capitale sociale in cui egli detiene già una partecipazione.
- 315 Così, per quanto riguarda la posizione del Land come investitore, il fatto che la transazione controversa sia ragionevole per il Land non lo esonera dall'applicazione del diritto comunitario degli aiuti di Stato. Tale circostanza non elimina la necessità di sapere se tale operazione rafforzi la posizione della WestLB dandole un vantaggio che essa non avrebbe ottenuto in normali condizioni di mercato.
- 316 La stessa osservazione si applica all'argomento presentato dai ricorrenti in un secondo tempo, secondo cui la transazione costituiva l'uso economico più giudizioso del patrimonio della WfA. Inoltre, il Tribunale afferma che la Commissione non ha commesso un errore manifesto di valutazione quando non ha preso in considerazione, nel calcolo della remunerazione attesa per la transazione controversa da parte di un investitore privato, gli utili che il Land avrebbe tratto dalla sua partecipazione all'aumento della cifra d'affari della WestLB. A questo riguardo si deve sottolineare che i ricorrenti non hanno sostenuto che un tale aumento ha superato quello ottenuto da altre imprese bancarie durante lo stesso periodo in circostanze analoghe. In assenza di una tale

dimostrazione, non si può considerare che gli utili per il Land risultanti dall'aumento della cifra d'affari della WestLB siano una conseguenza specifica della transazione controversa, in modo da prenderli in considerazione nel calcolo della remunerazione attesa per la transazione controversa da un investitore privato. In ogni caso, si deve sottolineare che l'aumento asserito ha generato utili anche per gli altri soci della WestLB, senza che essi vi abbiano contribuito in alcun modo, e nemmeno questa circostanza è conforme al comportamento di un investitore operante in un'economia di mercato.

317 Infine, per quanto riguarda l'argomento del Land relativo all'aumento delle entrate fiscali, occorre sottolineare che la posizione del Land in quanto ente pubblico e la sua posizione in quanto imprenditore non devono essere confuse. Orbene, tale aumento delle entrate sarebbe del tutto privo di rilevanza per un investitore privato.

318 Quanto al terzo argomento, secondo cui in caso di ritiro o di scioglimento della WestLB, il valore della WfA, eventualmente aumentato spetterà solo al Land, va osservato, da una parte, che l'aumento di questo valore è incerto e che l'argomento presuppone un'ipotesi non auspicabile ai ricorrenti e che contrasta con taluni obiettivi della transazione controversa. Infatti, un tale argomento presuppone che la WestLB sia sciolta, o che il patrimonio della WfA venga ritirato da quello della WestLB. In entrambi i casi, la transazione controversa attraverso cui la WfA è stata integrata nella WestLB, verrebbe annullata. Dall'altra, il fatto che il valore della WfA, eventualmente aumentato, spetti al Land in caso di separazione non diminuisce per nulla la distorsione che la transazione controversa è idonea a produrre, nel frattempo, sulla concorrenza, né esclude la possibilità che tale transazione possa costituire un vantaggio economico concesso dal Land alla WestLB, che quest'ultima non avrebbe ottenuto in normali condizioni di mercato.

319 Quanto al quarto argomento dei ricorrenti, relativo alla circostanza che il patrimonio della WfA costituisce una garanzia di secondo grado nelle relazioni

interne degli azionisti della WestLB, non si può nemmeno affermare che la Commissione ha commesso un errore manifesto sostenendo che tale circostanza non giustificava una riduzione della remunerazione chiesta per la transazione controversa. Infatti, va rilevato, innanzi tutto, che questa garanzia sussiste solo nei rapporti tra i diversi azionisti. Sul piano delle relazioni esterne, invece, il patrimonio della WfA non beneficia di alcuna protezione nei rapporti della WestLB con i suoi creditori. Inoltre, anche per quanto riguarda le relazioni interne, l'importanza dell'apporto della WfA, rispetto alla totalità dei capitali propri della WestLB, cioè DEM 5,9 miliardi, rispetto ai DEM 11 miliardi che costituivano l'importo totale dei capitali propri della WestLB dopo la transazione controversa, vale a dire approssimativamente il 53,63% dell'importo totale, relativizza considerevolmente l'importanza dell'asserito carattere debole della responsabilità per rischi che pesa sull'apporto effettuato mediante la transazione controversa.

320 Quanto al quinto argomento, relativo all'esistenza di effetti di sinergia che dovrebbero asseritamente essere contabilizzati nel calcolo del rendimento atteso, va ricordato che, come sottolineato supra al punto 314, normalmente, un investitore privato non si accontenta di evitare perdite o di ottenere un rendimento limitato per il suo investimento, ma cerca di massimizzare il rendimento del suo patrimonio in funzione delle circostanze presenti e dei suoi interessi. Si deve, innanzi tutto, osservare che questi effetti di sinergia non rappresentano per nulla un costo o uno svantaggio per la WestLB, per i quali quest'ultima dovrebbe ricevere una compensazione in forma di remunerazione minore dei capitali apportati. Orbene, è in tal modo plausibile che un investitore privato al posto del Land non accetterebbe una remunerazione minore per il suo investimento a causa di un vantaggio indiretto che gli verrebbe da quest'ultimo, ma che non comporterebbe alcuno svantaggio per la WestLB. Inoltre, se la WestLB, invece di aver concluso la transazione controversa con il Land avesse dovuto ottenere un finanziamento da un investitore privato che non poteva beneficiare di questi effetti di sinergia, avrebbe pur sempre dovuto pagare una remunerazione conforme a quella offerta sul mercato. Alla luce di ciò, non si può considerare che la Commissione ha commesso un errore manifesto di valutazione sostenendo che l'eventuale esistenza di effetti di sinergia che procurano un vantaggio indiretto al Land costituiva per quest'ultimo un vantaggio aggiuntivo derivato dalla transazione controversa che non giustificava la riduzione dell'importo dell'elemento di aiuto di Stato stimato dalla Commissione.

- 321 Per quanto riguarda il sesto argomento, relativo alla presa in considerazione del carattere limitato dell'apporto della WfA alla WestLB, il Tribunale ricorda che la questione in esame è quale sia l'esatta importanza del carattere non liquido del capitale della WfA per il calcolo della remunerazione adeguata per la transazione controversa. Più precisamente, le parti si oppongono alla questione se, per un tale calcolo, occorra oppure no prendere in considerazione il fatto che i costi di rifinanziamento della WestLB, come spese di gestione, riducono le sue entrate imponibili e, di conseguenza, l'imposta sulle società che essa è tenuta a pagare.
- 322 Orbene, occorre ricordare che l'art. 87, n. 1, CE ha come scopo di evitare che gli scambi tra Stati membri siano pregiudicati da vantaggi accordati dalle autorità pubbliche che, in forme diverse, falsino o minaccino di falsare la concorrenza favorendo talune imprese o talune produzioni.
- 323 Per determinare se l'intervento dei poteri pubblici nel capitale di un'impresa presenti il carattere di un aiuto di Stato, si deve valutare se, in circostanze simili, un investitore privato operante in normali condizioni di economia di mercato, di dimensioni paragonabili agli enti che gestiscono il settore pubblico, avrebbe potuto essere indotto a procedere all'apporto di capitali in questione. In particolare, è rilevante chiedersi se un investitore privato avrebbe realizzato la transazione di cui trattasi alle stesse condizioni e, in caso negativo, esaminare a che condizioni avrebbe potuto realizzarla (v. la giurisprudenza citata supra al punto 245).
- 324 Nel caso di specie, conformemente al ragionamento esposto supra al punto 313, occorre determinare quale sarebbe il rendimento che un investitore privato ipotetico che si trovi, per quanto possibile, nella stessa situazione del Land, avrebbe richiesto per l'operazione controversa.

- 325 Come menzionato supra ai punti 180, 207, e 243, lo scopo finale è quello di determinare se l'impresa beneficiaria riceva un vantaggio economico che essa non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato.
- 326 A tal riguardo, contrariamente a quanto fatto valere dai ricorrenti, contro la presa in considerazione della detraibilità dalle tasse dei costi di rifinanziamento della WestLB, non si può avanzare che per calcolare la remunerazione adeguata è rilevante solo il punto di vista dell'investitore.
- 327 Infatti, nell'ambito dell'applicazione del diritto comunitario degli aiuti di Stato, non si può ritenere che l'esercizio intellettuale consistente nel verificare se un'operazione si sia svolta in condizioni normali di economia di mercato debba necessariamente essere fatto con riferimento al solo investitore, o alla sola impresa beneficiaria dell'investimento, mentre l'interazione tra i diversi agenti economici è proprio ciò che caratterizza l'economia di mercato.
- 328 Così, nell'ambito delle negoziazioni in condizioni normali di economia di mercato, per un investitore privato che si trovi nella stessa situazione del Land sarebbe stato impossibile fare astrazione dall'assenza di liquidità del capitale della WfA. Un tale investitore avrebbe dovuto prendere in considerazione il punto di vista della WestLB e la circostanza che, per quest'ultima, il capitale della WfA aveva un'utilità limitata. Infatti, per tale capitale non avrebbe potuto chiedere una remunerazione simile a quella di un capitale liquido.
- 329 Allo stesso modo, in particolare in un'operazione come la transazione controversa, che riguardava un importo di capitale considerevole, è legittimo pensare che un investitore privato avrebbe preso in considerazione i costi effettivi per la WestLB dell'assenza di liquidità del capitale della WfA e, quindi, la detraibilità fiscale parziale dei costi di rifinanziamento che ne deriverebbero.

- 330 Inoltre, quanto all'argomento secondo cui un risparmio sull'imposta sulle società è complessivamente neutro sul piano fiscale, perché comporterebbe per l'investitore una diminuzione dell'aver risultante dalla compensazione fiscale, si deve sottolineare che, come sarà dimostrato infra (v. punti 388-393), l'assenza di presa in considerazione da parte della Commissione del procedimento di compensazione relativo all'imposta sulle società in vigore in Germania all'epoca della transazione controversa non può mettere in discussione la legittimità del calcolo nella fattispecie della remunerazione adeguata.
- 331 In conclusione, si deve affermare che la decisione impugnata non è viziata da un errore manifesto di valutazione poiché, nell'ambito della sua valutazione di tutti gli elementi pertinenti della transazione controversa per calcolare la remunerazione adeguata per quest'ultima, la Commissione ha ritenuto che l'assenza di liquidità del capitale della WfA dovesse essere presa in considerazione in funzione dei costi netti di rifinanziamento relativi e, quindi, in funzione del fatto che i costi di rifinanziamento portano ad una riduzione dell'imposta sulle società che deve essere pagata dalla WestLB. Di conseguenza, deve essere respinto il sesto argomento dei ricorrenti.
- 332 Infine, occorre esaminare ancora l'argomento presentato dai ricorrenti nell'ambito della loro contestazione dell'uso del rendimento medio, cioè che la Commissione non ha tenuto conto del fatto che gli investitori privati possono perseguire fini diversi dall'ottimizzazione del rendimento dei loro capitali, ad esempio in ragione dell'effetto provocato dalla qualità del proprietario (v. supra, punti 216 e 222-226).
- 333 A tal riguardo, si deve constatare che i ricorrenti si limitano ad enunciare in modo generale, da una parte, l'importanza del fatto che gli investitori privati possono perseguire fini diversi dall'ottimizzazione del rendimento del loro investimento e, dall'altra, che tale considerazione dovrebbe applicarsi al Land nel caso di specie.

- 334 Tuttavia, essi non spiegano in che misura concreta tale considerazione metterebbe in discussione la legittimità della decisione impugnata. In particolare, non spiegano perché e in che misura esatta essa giustificherebbe una diminuzione dell'elemento di aiuto di Stato calcolato dalla Commissione con riferimento al rendimento che il Land poteva aspettarsi dal rendimento sul capitale della WfA conformemente al principio dell'investitore privato. Di conseguenza, si deve giudicare che i ricorrenti non hanno dimostrato la rilevanza nel caso di specie di questa considerazione e non possono quindi legittimamente contestare alla Commissione di non averla presa in considerazione.
- 335 Inoltre, per quanto riguarda in particolare l'argomento relativo all'effetto provocato dalla qualità del proprietario, si deve ricordare che, come è stato menzionato supra al punto 314, normalmente, un investitore privato non si accontenta di evitare perdite o di ottenere un rendimento limitato per il suo investimento, ma cerca di massimizzare il rendimento del suo patrimonio in funzione delle circostanze e dei suoi interessi, compreso nel caso di un investimento in un'impresa nel cui capitale sociale egli detiene già una partecipazione.
- 336 Peraltro, per quanto riguarda la presa in considerazione da parte della Commissione di tutti gli elementi rilevanti della transazione controversa e del suo contesto, si deve ancora sottolineare che, come menzionato supra al punto 197, i ricorrenti non hanno fatto valere la circostanza secondo cui la decisione impugnata sarebbe illegittima per il fatto che le condizioni previste al n. 2 dell'art. 86 per sottrarre la WestLB all'applicazione delle regole di concorrenza erano soddisfatte nella fattispecie.
- 337 Da quanto precede deriva che l'esame fatto della considerazione da parte della Commissione delle peculiarità della transazione controversa non ha rivelato errori manifesti di valutazione. Di conseguenza, la censura relativa all'illegittimità della decisione impugnata a tal riguardo deve essere respinta.

2. Remunerazione adeguata per l'importo di DEM 3,4 miliardi del patrimonio della WfA che non può essere utilizzato come garanzia per le operazioni proprie della WestLB

a) Argomenti delle parti

338 Il Land osserva che la decisione impugnata è insufficientemente motivata per quanto riguarda la fissazione della remunerazione adeguata al tasso dello 0,3% al netto delle imposte dei capitali propri destinati a garanzia di crediti che non possono essere utilizzati dalla WestLB. Non sarebbe possibile capire per quali ragioni la Commissione prende in considerazione taluni fattori — in particolare l'importanza dell'importo in questione e la circostanza che le riserve speciali della WfA sono messe a disposizione della WestLB per una durata illimitata — e come questi fattori siano stati presi in considerazione nel calcolo del tasso di remunerazione adeguato adottato.

339 Inoltre, i ricorrenti contestano la fondatezza della decisione impugnata a questo riguardo. Essi sostengono che non doveva essere pagata alcuna remunerazione relativa ai DEM 3,4 miliardi che non possono essere utilizzati dalla WestLB per ampliare le sue attività. Essi ritengono che questa parte dell'apporto non dia alcun vantaggio economico a tale banca dato che, di tale importo, DEM 1,5 miliardi costituiscono il capitale di garanzia per le operazioni della WfA e non per le operazioni della WestLB e che il residuo, vale a dire DEM 1,9 miliardi, nemmeno viene preso in considerazione dai creditori della banca, per i quali conta solo la sua classificazione a lungo termine che non è stata cambiata dalla transazione controversa.

340 La convenuta ricorda di aver sufficientemente esposto al punto 221 della decisione impugnata come è arrivata al tasso dello 0,3% al netto delle tasse per determinare la remunerazione adeguata per il capitale non utilizzabile da parte della WestLB. Essa osserva che il tasso dello 0,3% che, durante il procedimento formale di esame, è stato indicato dal governo tedesco come remunerazione adeguata sulla garanzia bancaria per La WestLB, è stata aumentata per prendere in considerazione le particolarità del capitale, cioè l'importanza dell'importo e la messa a disposizione illimitata nel tempo e, poi, è stata portata ad un valore al netto delle tasse.

341 Inoltre, la Commissione ritiene che l'importo di DEM 3,4 miliardi che non poteva essere utilizzato come garanzia per le operazioni proprie della WestLB ha un'utilità economica per quest'ultima, poiché è indicato nel bilancio della WestLB come fondi propri supplementari e aumenta, quindi la sua credibilità, costituendo una garanzia aggiuntiva per i creditori. Inoltre, essa contesta l'argomento relativo all'importanza della classificazione di tale banca. Di conseguenza, essa ritiene che l'importo menzionato doveva anche essere preso in considerazione per determinare la remunerazione adeguata per il trasferimento della WfA.

b) Giudizio del Tribunale

342 Per quanto riguarda la motivazione della decisione impugnata su tale punto, in primo luogo, occorre osservare che, al punto 220 della decisione impugnata, la Commissione fa valere che i capitali in questione hanno un valore materiale per la WestLB, che la loro funzione economica può essere paragonata a quella di una cauzione o di una garanzia e che, per esporsi ad un rischio di questo tipo, un investitore privato chiederebbe una remunerazione adeguata.

343 In secondo luogo, per quanto riguarda il tasso dello 0,3% della remunerazione, basta constatare che, come osservato dalla Commissione al punto 221 della decisione impugnata, e come confermato dai ricorrenti in udienza, tale tasso era stato indicato dal governo tedesco come remunerazione sulla garanzia bancaria conveniente per una banca come la WestLB.

344 Si deve così concludere che la decisione impugnata, da un parte, ha chiaramente spiegato le ragioni che hanno portato la Commissione a ritenere che una remunerazione fosse giustificata per tali capitali e, dall'altra, ha fornito gli elementi che consentono ai ricorrenti e al giudice comunitario di capire i motivi della scelta della Commissione riguardante il calcolo della remunerazione per i capitali di cui trattasi. La censura dei ricorrenti relativa ad un difetto di motivazione a tal riguardo deve quindi essere respinta.

345 Quanto alla fondatezza di tale scelta, si deve rilevare che, poiché i capitali in questione hanno portato un vantaggio alla WestLB, aumentando la sua solvibilità, è giustificato osservare che un investitore privato avrebbe chiesto una remunerazione per tali capitali. Per quanto riguarda il tasso applicato dalla Commissione è sufficiente ribadire che quest'ultimo era stato indicato dalla Repubblica federale di Germania e che non ha alcuna importanza a tal riguardo che la Commissione, per pervenirvi, abbia ritenuto utile applicare allo stesso prima una maggiorazione e poi una diminuzione. Peraltro, i ricorrenti fanno valere il fatto che la WestLB non doveva pagare alcuna remunerazione in relazione ai capitali in questione, ma non spiegano perché il tasso finale stabilito dalla Commissione per una remunerazione adeguata di tali capitali dovrebbe essere diversa.

346 Ciò premesso, non si può sostenere che la decisione della Commissione è viziata da un errore manifesto di valutazione per quanto riguarda la remunerazione calcolata per l'importo di DEM 3,4 miliardi del patrimonio della WfA che non può essere utilizzato come garanzia per le operazioni proprie della WestLB. Di conseguenza, la censura relativa all'illegittimità della decisione impugnata a tal riguardo deve essere respinta.

3. Remunerazione adeguata per l'importo di DEM 2,5 miliardi del patrimonio della WfA che può essere utilizzato come garanzia per le operazioni proprie della WestLB

347 I ricorrenti, sostenuti dalla Repubblica federale di Germania, fanno valere, in primo luogo, che questa remunerazione doveva essere calcolata prendendo in considerazione il profilo di rischio specifico del patrimonio della WfA, che è paragonabile a quello degli strumenti ibridi relativi ai fondi propri. In secondo luogo, essi sostengono che non era necessario aumentare la partecipazione del Land nel capitale sociale della WestLB affinché la transazione controversa non costituisse un aiuto di Stato. In terzo luogo, essi sostengono che il tasso di rendimento finale del 9,3% chiesto dalla Commissione per tale importo del patrimonio della WfA non è motivato per quanto riguarda alcuni dei suoi elementi e non è fondato da diversi punti di vista.

a) Paragonabilità del trasferimento del patrimonio della WfA a strumenti relativi ai fondi propri

Argomenti delle parti

348 La WestLB fa valere che il profilo di rischio del patrimonio della WfA non è paragonabile a quello del capitale sociale, ma a quello degli strumenti ibridi relativi ai fondi propri, come le partecipazioni passive, le «perpetual preferred shares» (azioni privilegiate a durata indeterminata) e i titoli di partecipazione. La remunerazione adeguata per la transazione controversa deve così essere calcolata non paragonando il trasferimento della WfA ad un aumento del capitale sociale, ma paragonandola a tali strumenti ibridi e alle remunerazioni versate per gli stessi, i cui valori (tra il 9,3% e il 10,3%) sono diversi da quello richiesto dalla

Commissione nella decisione impugnata come rendimento di base (12%). Inoltre, la WestLB contesta la fondatezza delle osservazioni effettuate dalla Commissione a tal riguardo nella decisione impugnata.

- 349 La Commissione, sostenuta dal BdB, contesta questo argomento facendo valere che, a causa delle particolarità del patrimonio della WfA, il paragone con strumenti ibridi relativi ai fondi propri non costituisce una base appropriata per determinare la remunerazione adeguata della transazione controversa. Essa spiega in cosa il patrimonio della WfA presenta numerose differenze rispetto ad ognuno degli strumenti di paragone menzionati dalla WestLB.

Giudizio del Tribunale

- 350 La scelta della Commissione per quanto riguarda gli elementi di paragone per la fissazione di un tasso di remunerazione adeguato della parte di patrimonio della WfA di cui trattasi non può essere qualificata come manifestamente erranea. Infatti, la Commissione, ai punti 193-201 della decisione impugnata, spiega perché essa ritiene che le differenze tra gli strumenti ibridi e la transazione controversa siano tali che il paragone della transazione controversa con tali strumenti ha solo un valore limitato. In particolare, ha attirato l'attenzione sul fatto che gli strumenti ibridi fatti valere dai ricorrenti generalmente costituiscono solo una piccola parte dei fondi propri di una banca, contrariamente agli attivi della WfA, che rappresentavano quasi la metà dei fondi propri del nucleo originale della WestLB.
- 351 Ciò premesso, poiché la paragonabilità del patrimonio della WfA con questi strumenti ibridi riguarda un campo di una certa complessità economica, rispetto al quale la Commissione gode di un ampio potere discrezionale, va osservato che, tenuto conto dei limiti del controllo giurisdizionale di questo atto, l'esame della decisione impugnata a questo riguardo non ha rilevato un errore manifesto di valutazione idoneo a mettere in discussione la sua legittimità.

b) Necessità di aumentare la partecipazione del Land nella WestLB

Argomenti delle parti

- 352 La WestLB sostiene che non era necessario aumentare la partecipazione del Land nel capitale sociale della WestLB affinché la transazione controversa non costituisca un aiuto di Stato, poiché il Land riceve una remunerazione adeguata per il patrimonio della WfA.
- 353 La Commissione concorda con l'affermazione di principio della WestLB e spiega di aver semplicemente dichiarato ai punti 182 e 184 della decisione impugnata che un tale aumento della partecipazione del Land nel capitale della WestLB sarebbe stato uno dei modi per ottenere un rendimento adeguato per l'apporto di capitali in questione, in mancanza del quale il Land doveva ottenere una remunerazione adeguata in un altro modo.

Giudizio del Tribunale

- 354 Va osservato che questo argomento dei ricorrenti è senza fondamento. Infatti, i ricorrenti e la Commissione concordano sul fatto che non sarebbe stato necessario aumentare la partecipazione del Land nel capitale sociale della WestLB affinché la transazione controversa non costituisca un aiuto di Stato, se il Land avesse ricevuto una remunerazione adeguata per il patrimonio della WfA. Resta così da determinare se la Commissione abbia commesso un errore manifesto di valutazione ritenendo che la remunerazione risultante dalla transazione controversa non fosse appropriata, in un contesto in cui il Land non ha aumentato la sua partecipazione nel capitale sociale della WestLB.

c) Sul tasso di rendimento finale del 9,3%

355 I ricorrenti fanno valere che il tasso di rendimento finale del 9,3% chiesto dalla Commissione come remunerazione adeguata della transazione controversa non è motivato per quanto riguarda alcuni suoi elementi e non è fondato sotto diversi aspetti.

356 In primo luogo, i ricorrenti fanno valere un difetto di motivazione per quanto riguarda la fissazione al 12% del tasso di rendimento di base al netto delle tasse ai fini del calcolo della remunerazione finale adeguata (in prosieguo: il «tasso di rendimento di base»), e fanno valere che questo tasso è erroneo. In secondo luogo, sostengono che esiste un difetto di motivazione riguardante la maggiorazione per rischi dell'1,5% applicata dalla Commissione nel calcolare la remunerazione finale adeguata e sostengono che tale maggiorazione non è giustificata.

i) Sul tasso del 12% di rendimento di base

Argomenti delle parti

357 I ricorrenti fanno valere che la decisione impugnata non consente di conoscere i criteri all'origine della fissazione del tasso di rendimento di base al 12% al netto delle imposte. Essi sostengono anche che la Commissione non avrebbe potuto chiedere un tasso di questo importo.

- 358 In primo luogo, quanto al tipo di tasso di rendimento di base usato dalla Commissione, i ricorrenti sottolineano che la decisione impugnata è viziata da ambiguità riguardo alla questione se il tasso indicato corrisponda al rendimento dei fondi propri (Return on equity; in prosieguo: il «RoE»), o al rendimento dell'investimento (Return on Investment; in prosieguo: il «RoI»), che sarebbero diversi. Essi ritengono anche che la decisione impugnata non consente di sapere perché la Commissione adotti un rendimento atteso al netto delle imposte. Il Land aggiunge che, benché nella sua difesa la Commissione abbia infine precisato che il rendimento atteso da un investitore poteva essere solo un rendimento atteso «al netto delle tasse» versate dall'impresa, anche se al «lordo delle tasse» versate dall'investitore, questo aspetto non risulta chiaramente già dalla decisione impugnata.
- 359 A questo riguardo, i ricorrenti contestano la rilevanza a tale scopo dell'interpretazione data alla decisione impugnata dalla Commissione nel suo controricorso. La WestLB aggiunge che il fatto che la Commissione sia effettivamente basata nella sua decisione su un rendimento al netto delle tasse emerge inoltre da un progetto della decisione impugnata e chiede al Tribunale di ordinare alla Commissione di produrre tutte le versioni del progetto della decisione impugnata.
- 360 In secondo luogo, i ricorrenti, sostenuti dalla Repubblica federale di Germania, fanno valere che la Commissione doveva prendere in considerazione l'esistenza di un credito d'imposta derivante dal procedimento di compensazione relativo all'imposta sulle società in vigore in Germania all'epoca della transazione controversa. Essi fanno valere che la Commissione equipara erroneamente il rendimento al lordo delle tasse dell'investitore al rendimento al netto delle tasse pagate dall'impresa. Essi sostengono che, poiché tale equiparazione non tiene conto delle conseguenze per gli interessati dal regime fiscale che è loro applicabile, i risultati del paragone dei rendimenti effettuato dalla Commissione sono deformati a svantaggio dei ricorrenti, circostanza che falserebbe l'applicazione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato al caso di specie.

361 Essi sottolineano che, contrariamente ad altri investitori, quando il Land paga tasse sui dividendi non ha diritto ad un credito d'imposta per detrarre il suo debito fiscale relativo all'imposta sul reddito l'importo corrispondente alle imposte sugli utili già pagati da parte dell'impresa i cui dividendi il Land riceve. Per effetto di tale procedimento di compensazione, il RoE al netto delle tasse versate dall'impresa differirebbe sempre dal RoI al lordo delle tasse dell'investitore, per un importo almeno uguale a quello del credito d'imposta relativo all'imposta sulle società.

362 I ricorrenti concludono che per garantire la paragonabilità dei rendimenti, occorre attribuire agli investitori che non hanno diritto a tale credito d'imposta, un credito fittizio. Così, secondo la WestLB, avendo fissato un tasso di rendimento di base del 12%, la Commissione doveva prendere in considerazione un credito d'imposta fittizio del 5,5% in quanto elemento del reddito del Land. In alternativa, essa avrebbe potuto portare dal 12% al 6,45% il RoI al lordo delle tasse. Per il Land, la WestLB poteva chiedere solo un dividendo da distribuire del 6,48% al massimo.

363 Per quanto riguarda l'argomento del BdB e della convenuta secondo cui il procedimento di compensazione non si applica alla remunerazione convenuta per il capitale della WfA, i ricorrenti sostengono che l'interesse delle loro osservazioni a questo riguardo consiste nel confrontare l'impostazione della Commissione con la situazione fiscale di un investitore privato operante in un'economia di mercato, che tale istituzione adotta come modello.

364 In terzo luogo, i ricorrenti fanno valere che vi è un difetto di motivazione della fissazione del valore del tasso di rendimento di base usato dalla convenuta.

- 365 A questo riguardo i ricorrenti contestano la rilevanza degli elementi presi in considerazione al punto 209 della decisione impugnata e osservano in particolare che, il semplice riferimento alla decisione della Commissione 20 maggio 1998, 98/490/CE, concernente gli aiuti accordati dalla Francia al gruppo Crédit Lyonnais (GU L 221, pag. 28), senza spiegazione per quanto riguarda le similitudini esistenti tra le due cause, non può costituire una motivazione sufficiente.
- 366 Il Land sostiene che il difetto di motivazione della decisione impugnata è tanto più evidente in quanto la Commissione si basa esclusivamente, apparentemente per la prima volta in tale decisione, sui rendimenti futuri attesi chiedendo quindi un rendimento minimo. Essa non farebbe ad esempio affidamento sui rendimenti offerti da imprese paragonabili, effettivamente realizzati nel settore economicamente paragonabile dello Stato membro interessato. Orbene, le proiezioni per determinare i rendimenti attesi e i parametri determinanti a questo riguardo non emergerebbero dai motivi della decisione. Inoltre, in risposta alle osservazioni della Commissione, il Land fa presente che, nonostante il fatto che i passaggi della decisione impugnata citati dalla convenuta esponano effettivamente che sono principalmente i rendimenti attesi che guidano la scelta di un investitore secondo quest'ultima, questi passaggi non comprendono le proiezioni e i parametri che un investitore prenderebbe in considerazione a tale scopo.
- 367 La WestLB aggiunge che la Commissione non ha trattato la questione quale sia il mercato in questione o il «settore interessato» nell'ambito del quale ci si deve aspettare il rendimento medio sul quale essa ha basato la sua decisione, questione tuttavia fondamentale per determinare in un procedimento disciplinato dalla legislazione in materia di aiuti il rendimento medio che può essere offerto nell'ambito di un determinato ramo economico.
- 368 Il Land fa valere, ancora, che la Commissione non avendo tenuto conto di alcuni argomenti essenziali dell'analisi e dei dati e informazioni fatti valere dalla Repubblica federale di Germania a proposito del tasso di rendimento di base, la Commissione non avrebbe offerto alcuna motivazione a questo riguardo (sentenza della Corte 28 aprile 1993, causa C-364/90, Italia/Commissione, Racc. pag. I-2097, punti 44 e 45).

- 369 La Commissione contesta il fatto che la decisione impugnata sia viziata da un difetto di motivazione riguardante il tasso di rendimento di base del 12% al netto delle tasse e sostiene che questo tasso è fondato.
- 370 In primo luogo, la convenuta contesta l'affermazione secondo cui la decisione impugnata non è motivata per quanto riguarda il tipo di tasso di rendimento di base che ha utilizzato.
- 371 In secondo luogo, la Commissione, sostenuta dal BdB, contesta l'argomento secondo cui il credito d'imposta risultante dal procedimento di compensazione deve essere preso in considerazione come un elemento della remunerazione dell'investitore. La Commissione ritiene che tale credito d'imposta sia diretto solo a compensare la perdita che risulterebbe da una doppia imposizione. Essa contesta anche la fondatezza delle osservazioni relative al settore fiscale fatte dai ricorrenti a questo riguardo e spiega perché i calcoli del carico fiscale non possono essere presi in considerazione globalmente per determinare il rendimento medio dell'investitore operante in un'economia di mercato.
- 372 Il BdB e la Commissione fanno valere inoltre che il procedimento di imputazione dell'imposta sulle società non si applica assolutamente alla remunerazione convenuta per il capitale della WfA, poiché questa remunerazione è fissa mentre tale procedimento si applica in Germania solo quando l'investitore riceve dall'impresa un indennizzo in forma di partecipazione agli utili.
- 373 In terzo luogo, per quanto riguarda il difetto di motivazione del valore del tasso di rendimento di base usato dalla convenuta, essa sottolinea che, al punto 209

della decisione impugnata, ha espressamente menzionato le basi del calcolo del tasso in questione, cioè la propria esperienza, diverse dichiarazioni e studi di banche d'investimento e di società di consulenza su rendimenti reali e attesi dei capitali propri e degli investimenti, le prese di posizione comunicate dalle parti interessate nonché una decisione precedente della Commissione relativa a capitali messi a disposizione di una banca pubblica da uno Stato.

- 374 La Commissione sostenuta dal BdB, fa valere che le spiegazioni a questo riguardo contenute nei punti 206-209 della decisione impugnata devono essere lette nella loro coerenza sistematica e, soprattutto, nel contesto degli scambi multipli che hanno avuto a questo proposito la Commissione e i partecipanti al procedimento amministrativo e tenendo conto del fatto che la Commissione ha fatto riferimento a criteri che la WestLB conosceva in quanto operatore economico del settore.
- 375 La convenuta sostiene che la giurisprudenza non le impone di fornire ai ricorrenti un elenco dettagliato dei metodi e delle fonti d'informazione, o un'esposizione del ragionamento matematico seguito nel caso preciso, indicando l'insieme degli elementi di calcolo utilizzati (sentenze della Corte 9 novembre 1995, causa C-466/93, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e a., Racc. pag. I-3799, punto 16; 29 febbraio 1996, causa C-122/94, Commissione/Consiglio, Racc. pag. I-881, punto 29, e 12 novembre 1998, causa C-352/96, Italia/Consiglio, Racc. pag. I-6937, punto 41).
- 376 La Commissione fa valere che nel contesto dell'applicazione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato, essa ha acquisito un'esperienza rilevante sulle questioni relative agli apporti di capitali da parte dei poteri pubblici, ai rendimenti attesi dagli investitori e alle transazioni relative a capitali nel settore dei servizi finanziari. La Commissione ricorda, da una parte, di aver preso in considerazione nella decisione impugnata le considerazioni esposte nello studio della First Consulting che servono, quindi, a motivare questa decisione, e dall'altra parte, di avere preso in considerazione documenti presentati dalla Repubblica federale di Germania, come provato dall'esposizione dettagliata relativa alla relazione della Lehman Brothers.

377 La Commissione sostiene che la decisione impugnata si riferisce alla decisione 98/490 relativa al *Crédit Lyonnais* solo in quanto questa costituisce un esempio che dimostra che anche analisi approfondite del settore bancario europeo e l'applicazione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato hanno permesso di constatare che il rendimento atteso per un investimento in una banca deve essere fissato al 12%. Essa chiarisce di non aver trasposto semplicemente il valore del tasso menzionato nella decisione 98/490 e di non essersi riferita allo stesso per sottolineare il carattere adeguato del tasso di remunerazione adottato nella decisione impugnata. Inoltre, la Commissione contesta la rilevanza del riferimento fatto dalla Repubblica federale di Germania alla sentenza *Alitalia/Commissione*, citata, sottolineando che nel presente caso di specie il tasso di rendimento utilizzato nella decisione 98/490 era solo una delle fonti d'informazione alle quali si è riferita la Commissione. Inoltre, tale tasso non serviva ad esaminare se l'investimento costituiva un aiuto, come nella decisione oggetto della sentenza *Alitalia/Commissione*, citata, ma serviva solo a stabilire se il *Crédit Lyonnais* dopo il risanamento era redditizio.

378 Per quanto riguarda il calcolo del rendimento minimo atteso al tasso di base del 12% al netto delle tasse versate dalla società che, nel 1991, un investitore si aspettava dal suo capitale, emergerebbe dal punto 209 della decisione impugnata che la Commissione si è basata sul rendimento medio ottenuto nel settore bancario, poiché «in pratica le società devono convincere gli investitori che almeno saranno in grado di generare dei redditi medi sul capitale apportato». In tale contesto, se «una società non può soddisfare [queste] aspettative di almeno un rendimento medio, l'investitore deciderà di investire in un'altra società con migliori prospettive».

379 La Commissione sostiene che, sulla base dei documenti il cui contenuto è specificato nella decisione impugnata, i ricorrenti potevano capire il motivo della fissazione del rendimento minimo atteso al 12% al netto delle tasse che l'impresa deve versare. Essa aggiunge che questo valore non si discostava dai valori proposti nella relazione della *Lehman Brothers*, che la *WestLB* aveva ordinato.

- 380 La convenuta rigetta anche la critica del Land secondo cui la Commissione non ha preso in considerazione il rendimento reale di imprese paragonabili, ma si è riferita, per la prima volta nella sua prassi, al rendimento futuro atteso, deducendo un rendimento minimo, senza aver indicato le proiezioni che dovevano essere effettuate e i parametri essenziali usati a tale scopo. Essa ammette di avere preso in considerazione essenzialmente il rendimento atteso, poiché è quest'ultimo che guida la scelta di un investitore, ma fa valere di aver esposto in dettaglio questo elemento (v., ad esempio, i punti 162, 167, 171, 208 e 209, della decisione impugnata).
- 381 Infine, la Commissione nega di non aver preso in considerazione argomenti essenziali avanzati dalla Repubblica federale di Germania. Dalla decisione impugnata emergerebbe che essa ha esaminato molto dettagliatamente e approfonditamente tutte le affermazioni e gli argomenti essenziali degli interessati (v., in particolare, i punti 121-138 della decisione).

Giudizio del Tribunale

- 382 In primo luogo, per quanto riguarda la motivazione della scelta, da parte della Commissione, di un tasso di rendimento di base calcolato al netto delle tasse, va sottolineato che la remunerazione effettivamente versata dalla WestLB al Land corrisponde ad un rendimento al netto delle tasse dell'impresa, ma al lordo delle tasse dell'investitore. La remunerazione reale pagata annualmente dalla WestLB è stata dello 0,6% al netto delle tasse dovute dall'impresa o dell'1,1% al lordo delle tasse dovute da questa.
- 383 Orbene, nella fattispecie, la Commissione ha fissato l'elemento di aiuto con riferimento alla remunerazione del Land al netto delle tasse dovute dall'impresa

prevista dalla transazione controversa, che essa ha paragonato con la remunerazione che ha ritenuto adeguata per questa transazione. Tale constatazione risulta, innanzi tutto, dalla tabella n. 7 della decisione impugnata (punto 232), che effettua la sottrazione della «remunerazione effettiva (dopo le tasse)» al «totale della remunerazione conforme al mercato», nonché alla precisazione secondo la quale il tasso in questione corrisponde alla «remunerazione minima attesa (...) del 12% dopo le tasse», usata al punto 209 della decisione impugnata. Essa risulta anche dal punto 69 e dall'ultima frase del punto 121 della decisione impugnata.

384 Così, se la remunerazione reale stabilita dalle parti della transazione controversa, che serve da base per il paragone fatto dalla Commissione, corrisponde ad un rendimento al netto delle tasse dovute dall'impresa e al lordo delle tasse dovute dall'investitore, allora, la remunerazione adeguata calcolata dalla Commissione poteva solo corrispondere allo stesso tipo di rendimento per servire da base di calcolo dell'elemento dell'aiuto. Si tratta di un fattore che i ricorrenti e la Repubblica federale di Germania non potevano ignorare, poiché la Commissione non solo ha spiegato la sua posizione in termini teorici ma, di conseguenza, ha anche calcolato gli importi precisi dell'aiuto da restituire dalla WestLB secondo lo stesso criterio.

385 Inoltre, nel contesto della decisione, anche il riferimento fatto nella sua nota n. 45 alle «remunerazioni nette» è rilevante a tale scopo. Il fatto che la nozione «remunerazioni nette» debba essere intesa come il rendimento al netto delle tasse dovute dall'impresa, ma al lordo delle tasse dovute dall'investitore deriva logicamente dall'impiego di questa nozione nel contesto dell'analisi fatta nella decisione impugnata. Infatti, tale decisione analizza la transazione controversa dal punto di vista di un investitore privato per il quale il rendimento da prendere in considerazione per scegliere il suo investimento è il rendimento al netto delle tasse dovute dall'impresa.

386 In conclusione, va considerato che i termini stessi della decisione impugnata consentono ai ricorrenti e alla Repubblica federale di Germania di comprendere che il tasso di rendimento di base usato dalla Commissione fa riferimento ad un

rendimento al netto delle tasse dovute dall'impresa, ma al lordo delle tasse dovute dall'investitore. L'argomento dei ricorrenti relativo ad un difetto di motivazione del fatto che tale tasso è al netto delle tasse deve, quindi, essere respinto.

387 A questo riguardo, occorre anche respingere la domanda della WestLB diretta a far ordinare alla Commissione di produrre tutte le versioni del progetto della decisione impugnata per verificare qual è il tipo di tasso di rendimento di base usato dalla Commissione. Infatti esse non presentano alcun aspetto decisivo per il controllo di legittimità che il giudice comunitario deve effettuare, una volta che l'analisi del testo della decisione impugnata è sufficiente a verificare se l'obbligo di motivazione sia stato soddisfatto dalla Commissione a questo riguardo (v. la giurisprudenza citata supra al punto 92).

388 In secondo luogo, per quanto riguarda l'argomento di merito relativo al procedimento di compensazione relativo all'imposta sulle società in vigore in Germania all'epoca della transazione controversa (in prosieguo: il «procedimento di credito d'imposta»), occorre determinare se il credito d'imposta che risulta da tale procedimento debba essere preso in considerazione come un elemento della remunerazione dell'investitore, nell'ambito del calcolo della remunerazione adeguata per la transazione controversa.

389 Essenzialmente, questo procedimento si caratterizza per il fatto che, per evitare una doppia imposizione degli utili delle società, in un primo tempo, ai fini della determinazione del reddito imponibile di ogni investitore, l'importo pagato dall'impresa a titolo di imposta sugli utili delle società viene imputato all'azionista, proporzionalmente al capitale sociale che detiene, in quanto reddito, aggiungendosi in tal modo all'importo dei dividendi effettivamente ricevuti da quest'ultimo. L'imposta sul reddito che deve pagare l'investitore è quindi calcolata in relazione alla somma che risulta da questa addizione, ma l'investitore beneficia, al momento della liquidazione del debito fiscale, di un credito d'imposta corrispondente alla somma pagata dall'impresa a titolo di imposta sugli utili delle società, proporzionalmente al capitale sociale che detiene, che è quindi dedotta dal debito fiscale dell'investitore.

390 I ricorrenti fanno valere che i risultati del paragone dei rendimenti effettuato dalla Commissione sono deformati a loro svantaggio e in contraddizione col principio dell'investitore operante in un'economia di mercato, a causa della mancata presa in considerazione del credito d'imposta come parte del rendimento dell'investitore.

391 Nella fattispecie, occorre innanzi tutto sottolineare che, come è appena stato spiegato (v. supra, punto 386), risulta dai termini stessi della decisione impugnata che il tipo di tasso di rendimento usato dalla Commissione corrisponde ad un rendimento al netto delle tasse dovute dall'impresa, ma al lordo delle tasse dovute dall'investitore, che si riferisce quindi solo ai dividendi effettivamente versati a quest'ultimo. Il rendimento usato dalla Commissione come base di partenza per il suo calcolo non include quindi il credito d'imposta di cui un investitore privato avrebbe potuto beneficiare all'epoca della transazione controversa.

392 Tale scelta della Commissione non può essere considerata manifestamente erranea. Contrariamente a quanto accade per gli investitori privati, il procedimento del credito d'imposta non si applica al Land. Infatti, il procedimento del credito d'imposta è diretto solo a compensare un'eventuale doppia imposizione degli utili delle società. Orbene, poiché il Land non è soggetto all'imposta sui dividendi che esso riceve dalla WestLB, tali dividendi non sono quindi soggetti ad una doppia imposizione.

393 Ciò premesso, il fatto che il credito d'imposta non sia stato preso in considerazione per determinare la remunerazione adeguata per l'investimento del Land non è idoneo a deformare il paragone effettuato dalla Commissione. Di conseguenza, l'argomento dei ricorrenti a tal riguardo deve essere respinto.

394 In terzo luogo, per quanto riguarda la motivazione del valore del tasso di rendimento di base usato dalla Commissione, occorre ricordare che il solo riferimento contenuto a questo riguardo nella decisione impugnata figura al punto 209 che recita come segue:

«La Commissione ha preso in considerazione, accanto alla sua esperienza, diverse dichiarazioni e studi di banche di investimento e consulenti economici sulle cifre del rendimento atteso e generato sul capitale e gli investimenti, nonché le dichiarazioni presentate dalle diverse parti in causa. Sulla base di queste informazioni, della sua esperienza, delle statistiche di mercato e delle decisioni prese in passato sul capitale fornito dallo Stato, la Commissione prende come base delle sue considerazioni una remunerazione minima attesa per questo investimento con carattere patrimoniale al momento del trasferimento del 12% dopo le tasse (...)».

395 In primo luogo, occorre constatare che, in sé stesso il testo della decisione impugnata non permette di comprendere i fatti e le considerazioni che rivestono un'importanza essenziale nella scelta effettuata dalla Commissione nella decisione impugnata sul valore del tasso di rendimento di base per calcolare la remunerazione adeguata. Infatti, nella decisione impugnata, la decisione si limita ad elencare le fonti d'informazione sulle quali ha basato la sua scelta, ma non riprende il loro contenuto in modo da spiegare in che misura e riguardo a quali considerazioni essa ha tenuto conto di queste fonti per adottare la sua decisione.

396 In secondo luogo, va osservato che i riferimenti fatti dalla Commissione non consentono nemmeno di capire la sua scelta a questo riguardo. Infatti, per quanto riguarda le «dichiarazioni e studi di banche di investimento e consulenti economici», nonché «le dichiarazioni presentate dalle diverse parti in causa», occorre osservare che un tale riferimento generale a documenti e dichiarazioni, che proponevano analisi opposte, con risultati diversi, non può essere considerato adatto a fornire una spiegazione dei motivi della scelta della Commissione. Inoltre, si deve sottolineare che la relazione della First Consulting, che si

avvicinava di più al valore del tasso di rendimento di base usato dalla Commissione, è stato comunicato ai ricorrenti e alla Repubblica federale di Germania solo subito prima della fase orale del procedimento orale nelle presenti cause.

- 397 Quanto all'«esperienza» della Commissione, va osservato che un tale riferimento non fornisce le giustificazioni della misura adottata in modo da consentire al giudice di esercitare il suo controllo di legittimità e agli interessati di difendere i loro diritti.
- 398 Per quanto riguarda le «decisioni prese in passato sul capitale fornito dallo Stato» della Commissione, il Tribunale constata che il solo riferimento preciso fatto dalla convenuta nella decisione impugnata è quello relativo alla decisione 98/490 relativa al *Crédit Lyonnais*. Tuttavia, come affermato dalla Commissione, questa causa costituisce solo un esempio che rafforzava la posizione della Commissione riguardante la fissazione del tasso di rendimento di base nella fattispecie. In ogni caso, la Commissione non spiega per nulla nella decisione impugnata quale sarebbe la rilevanza nel caso di specie del rendimento chiesto in un altro contesto.
- 399 In terzo luogo, si deve analizzare l'argomento della convenuta secondo cui i ricorrenti e la Repubblica federale di Germania avrebbero potuto capire la scelta della Commissione in ragione della loro partecipazione al procedimento amministrativo e delle conoscenze della WestLB come operatore economico del settore. A questo riguardo, la Commissione insiste sul fatto che la scelta del valore del tasso di rendimento di base che essa ha utilizzato poteva comprendersi nel contesto di diversi studi scambiati durante il procedimento amministrativo e, in particolare, che questo tasso non si allontanava dal valore menzionato nella relazione della Lehman Brothers fornita dalla WestLB.
- 400 Tuttavia, si deve considerare che il fatto che i ricorrenti abbiano partecipato al procedimento, o che la WestLB sia un operatore economico del settore

considerato, non implica nel caso di specie che essi siano in grado di conoscere i motivi alla base della scelta della Commissione del valore del tasso di rendimento di base usato. Allo stesso modo il fatto che la WestLB abbia fornito una relazione che menzionava un tasso di rendimento paragonabile a quello della Commissione non basta di per sé a ritenere che la decisione impugnata sia motivata a questo riguardo. Infatti, la semplice esistenza di tale relazione, che adottava un'impostazione analitica e proponeva una remunerazione finale entrambe diverse da quelle della decisione impugnata, e il cui contenuto non è per nulla riportato in questa decisione, non può dispensare la Commissione dal motivare il valore del tasso che essa ha utilizzato.

- 401 In quarto luogo, quanto all'argomento della Commissione relativo al fatto che la giurisprudenza non la obbliga a fornire ai ricorrenti un elenco dettagliato dei metodi e delle fonti d'informazione, nonché un'esposizione del ragionamento matematico seguito nel caso preciso, va precisato che tale affermazione è esatta, ma che, poiché non è in causa un tale requisito, la giurisprudenza citata non può basare la sufficienza della motivazione della decisione impugnata con riferimento al valore del tasso di rendimento qui in questione.
- 402 Infatti, ciò che può essere contestato alla Commissione nella decisione impugnata non è l'assenza di descrizione esaustiva del ragionamento matematico seguito nel caso di specie, ma, semplicemente, la mancata precisazione delle considerazioni essenziali che hanno condotto la Commissione a scegliere il valore del tasso di rendimento in questione.
- 403 Infine, occorre sottolineare che, nella fattispecie, l'obbligo di motivazione riveste un'importanza tanto più fondamentale in quanto il valore del tasso di rendimento di base chiesto dalla Commissione costituiva un elemento centrale del calcolo della remunerazione adeguata della transazione controversa, effettuato nell'ambito dell'applicazione del principio dell'investitore privato.

404 Da quanto precede emerge che la motivazione della decisione impugnata non soddisfa i requisiti dell'art. 253 CE per quanto riguarda la fissazione al 12% del valore del tasso di rendimento di base usato nel calcolo della remunerazione adeguata. La censura dei ricorrenti relativa ad un difetto di motivazione a questo riguardo deve dunque essere accolta.

405 Di conseguenza, il Tribunale non può pronunciarsi sui diversi argomenti che contestano la fondatezza della decisione impugnata in relazione al valore di questo tasso.

ii) Sulla maggiorazione per rischi dell'1,5%

Argomenti delle parti

406 I ricorrenti sostengono che la motivazione della fissazione del tasso di maggiorazione per rischi all'1,5% non è sufficiente. La decisione si limiterebbe a rinviare alla relazione della First Consulting e non spiegherebbe l'interpretazione che la Commissione ha fatto di questa relazione. La decisione non spiegherebbe nemmeno perché, per quanto riguarda la forcella dei tassi indicata dalla Commissione come giustificata alla nota n. 49 di tale decisione, occorrerebbe considerare il valore medio di tale forcella come valore minimo. Inoltre, i ricorrenti contestano la rilevanza della lettera della Commissione riguardante l'impresa Sidmar menzionata alla nota n. 48 della decisione impugnata per quanto riguarda la fissazione del tasso di maggiorazione. A questo riguardo essi affermano di non aver avuto conoscenza di tale lettera prima del presente procedimento contenzioso e contestano la rilevanza del suo contenuto per la fattispecie.

- 407 I ricorrenti contestano anche la fondatezza delle ragioni presentate dalla Commissione per stabilire una maggiorazione del tasso di base della remunerazione adeguata. A tal riguardo, la WestLB chiede al Tribunale di ordinare alla Commissione di comunicare il nome della banca americana nonché le circostanze concrete dell'apporto di capitali ai quali essa si riferisce nella nota n. 47 della decisione impugnata.
- 408 La Commissione sostenuta dalla BdB, contesta l'esistenza di un difetto di motivazione e sostiene la fondatezza della sua decisione a questo riguardo.
- 409 Essa sostiene di aver esposto in dettaglio, ai punti 210 e 215 della decisione impugnata, i fattori da prendere in considerazione nella determinazione del tasso dell'1,5% di maggiorazione relativo ai rischi, nonché la loro importanza e la loro incidenza sulla remunerazione che un investitore operante in un'economia di mercato chiederebbe per il suo apporto di capitali. Essa ritiene che il fatto di aver optato per il valore medio a partire dai due valori estremi indicati dal suo esperto è immediatamente comprensibile, tenuto conto delle considerazioni esposte nella decisione impugnata. La convenuta sostiene anche che i fattori che richiedono l'applicazione di una maggiorazione costituiscono anche i parametri per determinare il tasso di questa maggiorazione e che, poiché non esiste un modello matematico che consenta di calcolare il tasso preciso di maggiorazione, la Commissione deve ricorrere al suo potere discrezionale.
- 410 La convenuta fa valere anche che, poiché essa ha effettuato tutti i suoi calcoli per determinare la remunerazione adeguata sulla base dei valori al netto delle tasse, è logico che la maggiorazione per rischi dell'1,5% sia, anch'essa, obbligatoriamente un valore al netto delle tasse dovute dall'impresa.
- 411 Inoltre, la Commissione sottolinea che, nella decisione impugnata, nella nota a piè di pagina n. 48 di quest'ultima, essa ha rinviato ad una lettera riguardante l'impresa Sidmar che, il 25 luglio 1984, era stata inviata allo Stato belga. Essa dichiara che in tale lettera viene esposto che, a causa del fatto che azioni senza

diritto di voto dovrebbero apportare un dividendo preferenziale superiore al livello normale, qualsiasi apporto di capitale senza diritto di voto giustifica una maggiorazione del 2%. La Commissione aggiunge che, durante il procedimento amministrativo, essa ha informato i ricorrenti della sua prassi decisionale che è stata seguita nella decisione impugnata. Essa conclude che con riferimento al tasso esiguo applicato, al rinvio alla lettera menzionata e alle discussioni dettagliate riguardanti le condizioni di cui occorre tenere conto, investitori esperti come la WestLB ed il Land potevano capire senza difficoltà la decisione della Commissione anche senza precisazione, da parte di quest'ultima, della via che aveva seguito.

- 412 Infine, essa fa valere la giurisprudenza citata supra al punto 375 a sostegno della sua posizione sulla motivazione della decisione impugnata riguardo alla maggiorazione in questione.

Giudizio del Tribunale

- 413 Per quanto riguarda la motivazione della maggiorazione dell'1,5% del rendimento di base, si deve constatare che i punti 210 e 215 della decisione impugnata espongono i motivi che hanno portato la Commissione a stimare che il tasso di rendimento di base doveva essere oggetto di una maggiorazione. Inoltre, si deve considerare che la motivazione del fatto che il tasso di maggiorazione era un tasso al netto delle imposte discende logicamente dal fatto che la Commissione aveva calcolato anche un tasso di rendimento di base al netto delle imposte.
- 414 Tuttavia, per quanto riguarda la motivazione del valore del tasso di maggiorazione stesso, occorre osservare che la nota a piè di pagina n. 49 della decisione impugnata fa riferimento alla relazione della First Consulting. Tale nota si limita ad esporre che questa relazione, presentata come uno «studio degli esperti esterni della Commissione», «sottolinea che un investitore in un'economia di mercato si sarebbe aspettato che venisse pagato un premio per ognuna di queste caratteristiche [menzionate nel testo della decisione] e propone per tutti e tre questi aspetti complessivamente un premio dall'1 al 2%».

415 Inoltre, la nota n. 48 della stessa decisione dichiara:

«Questo principio che le azioni senza diritto di voto fornirebbero un dividendo preferenziale al di sopra del livello normale è stato stabilito dalla Commissione già in decisioni passate (v. ad esempio una lettera della Commissione allo Stato belga del 25 luglio 1984 concernente l'impresa Sidmar)».

416 Orbene, è evidente che il testo della decisione impugnata non consente di comprendere in modo chiaro il ragionamento della convenuta riguardante la sua scelta del valore del tasso di maggiorazione applicato nella fattispecie. Inoltre, prima del procedimento contenzioso, i ricorrenti non hanno avuto accesso né alla relazione della First Consulting, né alla lettera relativa all'impresa Sidmar, che esse hanno potuto consultare solo appena prima della fase orale del procedimento delle presenti cause. Peraltro, questa lettera, datata luglio 1984, riguarda un'impresa siderurgica belga e non è possibile capire perché un ragionamento usato per tale impresa a quell'epoca poteva essere applicato alla transazione controversa.

417 Per quanto riguarda l'argomento della Commissione relativo alla giurisprudenza citata supra al punto 375, esso va respinto per gli stessi motivi che sono stati menzionati supra ai punti 401 e 402. Inoltre, il grado di motivazione che tale giurisprudenza richiede non è stato raggiunto nel presente caso di specie per quanto riguarda la fissazione del tasso di maggiorazione.

418 Deriva da quanto precede che la motivazione della decisione impugnata non soddisfa i requisiti dell'art. 253 CE per quanto riguarda il tasso di maggiorazione dell'1,5% del tasso di rendimento di base usato per calcolare la remunerazione adeguata. La censura dei ricorrenti relativa ad un difetto di motivazione a questo riguardo deve quindi essere accolta.

419 Di conseguenza, il Tribunale non è in grado di pronunciarsi sugli argomenti relativi alla fondatezza della decisione impugnata riguardo a tale punto. Alla luce di ciò, non è più necessario statuire sulla domanda della ricorrente nella causa T-228/99 diretta a far ordinare alla Commissione di comunicare il nome della banca americana nonché le circostanze concrete dell'apporto di capitale alle quali essa si riferisce nella nota n. 47 della decisione impugnata.

VI — Conclusioni

420 L'esame di tutti i motivi avanzati, nelle presenti controversie, ha reso evidente che la decisione impugnata è viziata da difetto di motivazione su due elementi che sono stati utilizzati per il calcolo della remunerazione adeguata della transazione controversa, relativi, rispettivamente, al valore del tasso di rendimento di base del 12% e al valore del tasso di maggiorazione dell'1,5% di tale tasso di rendimento di base (v. supra, punti 394-404 e 414-418). Il Tribunale afferma che tali due elementi sono di un'importanza essenziale nell'economia generale della decisione impugnata. Di conseguenza, si deve pronunciare l'annullamento di tale decisione.

Sulle spese

421 Ai sensi dell'art. 87, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese, se ne è stata fatta domanda. Poiché è rimasta soccombente e le ricorrenti ne hanno fatto domanda, la Commissione deve essere condannata, oltre che alle proprie spese, alla rifusione delle spese sostenute dalle ricorrenti.

422 Ai sensi dell'art. 87, n. 4, del regolamento di procedura, la Repubblica federale di Germania supporterà le proprie spese. Poiché il BdB, parte interveniente, è rimasto soccombente nelle sue conclusioni, esso supporterà le proprie spese.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Seconda Sezione ampliata)

dichiara e statuisce:

- 1) La decisione della Commissione 8 luglio 1999, 2000/392/CE, relativa alla misura alla quale la Repubblica federale di Germania ha dato esecuzione in favore di Westdeutsche Landesbank — Girozentrale (WestLB), è annullata.
- 2) La Commissione sopporterà le spese dei ricorrenti, nonché le proprie spese.
- 3) La Repubblica federale di Germania e il Bundesverband deutscher Banken eV (BdB) sopporteranno le proprie spese.

Moura Ramos

Tiili

Pirrung

Mengozzi

Meij

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 6 marzo 2003.

Il cancelliere

Il presidente

H. Jung

R.M. Moura Ramos

Indice

Antefatti della controversia	II- 447
I — Ambito della controversia	II- 447
A — Requisiti in materia di capitali propri imposti dalla direttiva sui fondi propri e dalla direttiva sulla solvibilità	II- 448
B — La WestLB	II- 449
C — La WfA	II- 450
D — Integrazione della WfA nella WestLB	II- 451
II — Procedimento amministrativo	II- 454
III — La decisione impugnata	II- 456
A — Analisi generale	II- 458
B — Analisi relativa alla remunerazione adeguata del capitale	II- 461
Procedimento e conclusioni delle parti	II- 466
Nel merito	II- 470
I — Sul primo motivo, relativo all'incompetenza della Commissione ad adottare la decisione impugnata	II- 471
A — Argomenti delle parti	II- 471
B — Giudizio del Tribunale	II- 474
II — Sul secondo motivo, relativo alla violazione dei diritti della difesa	II- 478
A — Argomenti delle parti	II- 478
B — Giudizio del Tribunale	II- 481
III — Sul terzo motivo, relativo alla violazione delle forme sostanziali	II- 485
A — Primo aspetto: il diritto della Repubblica federale di Germania ad essere sentita	II- 485
1. Argomenti delle parti	II- 485
2. Giudizio del Tribunale	II- 487
B — Secondo aspetto: accertamenti erronei delle circostanze di fatto	II- 493
1. Argomenti delle parti	II- 493
2. Giudizio del Tribunale	II- 494

C — Terzo aspetto: violazione del principio di neutralità	II- 495
1. Argomenti delle parti	II- 495
2. Giudizio del Tribunale	II- 495
IV— Sul quarto motivo relativo alla violazione degli artt. 87, n. 1, CE e 295 CE, per quanto riguarda l'interpretazione della nozione di aiuto di Stato	II- 496
A — Primo aspetto: esistenza di risorse statali	II- 497
1. Argomenti delle parti	II- 497
2. Giudizio del Tribunale	II- 499
B — Secondo aspetto: illegittimo ampliamento della nozione di aiuto di Stato .	II- 500
1. Violazione dell'art. 295 CE	II- 501
a) Argomenti delle parti	II- 501
b) Giudizio del Tribunale	II- 502
2. Applicazione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato ad un'impresa redditizia	II- 505
a) Argomenti delle parti	II- 505
b) Giudizio del Tribunale	II- 507
3. Requisiti di un rendimento medio nel settore considerato sui capitali apportati dall'investitore pubblico	II- 509
a) Argomenti delle parti	II- 509
i) Sull'incompatibilità del requisito di un rendimento medio con l'art. 87, n. 1, CE	II- 510
ii) Sulla contraddizione tra la decisione impugnata e la comunicazione della Commissione del 1993, la sua prassi precedente e la giurisprudenza	II- 514
iii) Sulla violazione dell'art. 295 CE tramite il requisito di un rendimento medio	II- 515
b) Giudizio del Tribunale	II- 518

V — Sul quinto e sesto motivo, relativi alla violazione dell'obbligo di motivazione e alla violazione degli artt. 87, n. 1, CE e 295 CE, per quanto riguarda, in primo luogo, l'esistenza di risorse statali, in secondo luogo, il fatto che secondo la Commissione la transazione controversa falsa la concorrenza e pregiudica gli scambi tra Stati membri e, in terzo luogo, l'applicazione da parte della Commissione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato.	II- 527
A — Primo aspetto: violazione dell'obbligo di motivazione per quanto riguarda l'esistenza di risorse statali	II- 529
1. Argomenti delle parti	II- 529
2. Giudizio del Tribunale	II- 529
B — Secondo aspetto: violazione dell'obbligo di motivazione e violazione dell'art. 87, n. 1, CE, per quanto riguarda il fatto che la transazione controversa falsa la concorrenza e pregiudica gli scambi tra Stati membri	II- 530
1. Argomenti delle parti	II- 530
2. Giudizio del Tribunale	II- 532
C — Terzo aspetto: violazione degli artt. 87, n. 1, CE e 295 CE, per quanto riguarda l'applicazione da parte della Commissione del principio dell'investitore operante in un'economia di mercato e violazione dell'obbligo di motivazione riguardante taluni elementi presi in considerazione nel calcolo della remunerazione adeguata	II- 535
1. Assenza della presa in considerazione delle particolarità della transazione controversa	II- 536
a) Argomenti delle parti	II- 536
b) Giudizio del Tribunale	II- 538
2. Remunerazione adeguata per l'importo di DEM 3,4 miliardi del patrimonio della WfA che non può essere utilizzato come garanzia per le operazioni proprie della WestLB	II- 546
a) Argomenti delle parti	II- 546
b) Giudizio del Tribunale	II- 547

3. Remunerazione adeguata per l'importo di DEM 2,5 miliardi del patrimonio della WfA che può essere utilizzato come garanzia per le operazioni proprie della WestLB	II- 549
a) Paragonabilità del trasferimento del patrimonio della WfA a strumenti relativi ai fondi propri	II- 549
Argomenti delle parti	II- 549
Giudizio del Tribunale	II- 550
b) Necessità di aumentare la partecipazione del Land nella WestLB ..	II- 551
Argomenti delle parti	II- 551
Giudizio del Tribunale	II- 551
c) Sul tasso di rendimento finale del 9,3%	II- 552
i) Sul tasso del 12% di rendimento di base	II- 552
Argomenti delle parti	II- 552
Giudizio del Tribunale	II- 559
ii) Sulla maggiorazione per rischi dell'1,5%	II- 566
Argomenti delle parti	II- 566
Giudizio del Tribunale	II- 568
VI — Conclusioni	II- 570
Sulle spese	II- 570