RETTENS DOM (Anden Udvidede Afdeling)

6. marts 2003 *

I de forenede sager T-228/99 og T-233/99,

Westdeutsche Landesbank Girozentrale, Düsseldorf (Tyskland), ved Rechtsanwalt F. Montag og med valgt adresse i Luxembourg,

Land Nordrhein-Westfalen ved Rechtsanwalt M. Schütte og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgere,

* Processprog: tysk.

støttet af:

Forbundsrepublikken Tyskland ved W.-D. Plessing, som befuldmægtiget, bistået af Rechtsanwalt H.-F. Wissel,

intervenient,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved K.-D. Borchardt og V. Kreuschitz, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg,

sagsøgt,

støttet af:

Bundesverband deutscher Banken eV, Berlin (Tyskland), ved Rechtsanwalt H.-J. Niemeyer,

intervenient,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning 2000/392/EF af 8. juli 1999 om Forbundsrepublikken Tysklands foranstaltning til fordel for Westdeutsche Landesbank — Girozentrale (EFT 2000 L 150, s. 1),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Udvidede Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, R.M. Moura Ramos, og dommerne V. Tiili, J. Pirrung, P. Mengozzi og A.W.H. Meij,

justitssekretær: fuldmægtig D. Christensen,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter mundtlig forhandling den 5. og 6. juni 2002,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

I — *Sagens rammer*

1 De foreliggende sager vedrører integreringen af Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen (herefter »WfA«) i Westdeutsche Landesbank Girozentrale (herefter »WestLB«) (herefter »overdragelsen« eller »den omtvistede transaktion«).

A — *Egenkapitalkrav i henhold til egenkapitaldirektivet og solvensdirektivet*

2 I henhold til Rådets direktiv 89/647/EØF af 18. december 1989 om solvensnøgletal for kreditinstitutter (EFT L 386, s. 14) og Rådets direktiv 89/299/EØF af 17. april 1989 om kreditinstitutters egenkapital (EFT L 124, s. 16) skal banker disponere over en egenkapital på mindst 8% af deres risikovægtede aktiver og risikobetonede ikke-balanceførte transaktioner. Som følge af disse direktiver blev Kreditwesengesetz (den tyske lov om kreditvæsen) ændret pr. 1. januar 1992, og de nye krav trådte i kraft den 30. juni 1993.

3 Hvad angår den nye tærskel på 8%, der er fastsat ved direktiverne, skal mindst halvdelen heraf bestå af »kerneegenkapital«, der omfatter instrumenter, som kreditinstituttet ubegrænset og umiddelbart kan disponere over til at dække eventuelle tab. Kerneegenkapital er af afgørende betydning for en banks samlede egenkapitalgrundlag i tilsynsøjemed, da »supplerende egenkapital«, dvs. yderligere egenkapital af lavere kvalitet, kun godkendes i samme omfang som den forhåndenværende kerneegenkapital til sikkerhed for en banks risikobetonede forretninger.

4 En banks mulighed for at indgå store engagementer er endvidere begrænset af egenkapitalens størrelse. På tidspunktet for WfA's overdragelse måtte et enkelt engagement i henhold til § 13 i Kreditwesengesetz ikke overstige 50% af et kreditinstituts egenkapital, og alle engagementer, som udgjorde mere end 15% af egenkapitalen, måtte ikke overstige det ottedobbelte af egenkapitalen. Efter en ændring af Kreditwesengesetz i 1994 med henblik på tilpasning til Rådets direktiv

92/121/EØF af 21. december 1992 om overvågning af og kontrol med kreditinstitutters store engagementer (EFT 1993 L 29, s. 1) blev loftet for et enkelt engagement begrænset til 25% af en banks egenkapital, og alle store engagementer, som oversteg 10% af en banks egenkapital, måtte tilsammen ikke overstige det ottedobbelte af den samlede egenkapital.

5 Artikel 12 i Rådets andet direktiv 89/646/EØF af 15. december 1989 om samordning af lovgivningen om adgang til at optage og udøve virksomhed som kreditinstitut og om ændring af direktiv 77/780/EØF (EFT L 386, s. 1) begrænser endvidere størrelsen af kapitalinteresser i andre kreditinstitutter. § 12 i Kreditwesengesetz — en bestemmelse, som ikke er baseret på fællesskabsretten, men som også findes i andre medlemsstater — begrænser desuden de samlede langfristede investeringer, herunder kapitalinteresser i virksomheder uden for finanssektoren, til den samlede egenkapital. De tyske banker skulle tilpasse sig de nye egenkapitalkrav pr. 30. juni 1993.

B — *WestLB*

6 WestLB er en offentligretlig kreditinstitution, der er reguleret i lovgivningen i delstaten Nordrhein-Westfalen (herefter »delstaten«). Pr. 31. december 1991 var WestLB's godkendte egenkapital på 5,1 mia. DEM. I henhold til delstatens lovgivning har WestLB tre opgaver: Den er centralbank for delstatens lokale sparekasser og har siden den 17. juli 1992 også været centralbank for sparekasserne i delstaten Brandenburg. WestLB udfører endvidere en stats- og kommunalbanks opgaver, idet den navnlig afvikler finansielle transaktioner på vegne af indehaverne af indskudskapitalen i banken. Endelig udfører den almindelige bankforretninger.

7 WestLB er 100% offentligt ejet: Den største andel af indskudskapitalen besiddes af delstaten (43,2%). De andre ejere er Landschaftsverband Rheinland og Landschaftsverband Westfalen-Lippe (kommunale sammenslutninger i Rheinland og Westfalen-Lippe), hver med 11,7%, samt Rheinischer Sparkassen- und Giroverband og Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband (sparekassesammenslutninger i Rheinland og Westfalen-Lippe), hver med 16,7%. På tidspunktet for overdragelsen og i alt fald indtil den 8. juli 1999 var ejerforholdet det samme.

8 På grundlag af balancen indtager WestLB tredjepladsen blandt de tyske kreditinstitutter efter Deutsche Bank AG og Dresdner Bank AG. WestLB-koncernen tilbyder finansielle tjenesteydelser til virksomheder og offentlige organer og er aktiv på de internationale kapitalmarkeder såvel for egen regning som for andre emittenter af gældsinstrumenter. Som det er tilfældet med mange andre tyske universalbanker, har også WestLB kapitalinteresser i finansieringsinstitutter og virksomheder. I 1997 udgjorde WestLB's aktiviteter uden for Tyskland endvidere en betydelig del af aktiviteterne.

C — *WfA*

9 WfA blev oprettet i 1957 og fungerede indtil den 31. december 1991 som en tysk offentligretlig institution. Som sådan var den en juridisk person med en indskudskapital på 100 mio. DEM, og delstaten ejede alle andele af indskudskapitalen. I henhold til lovgivningen havde WfA udelukkende til opgave at støtte boligbyggeriet ved at yde rentelettede eller rentefrie lån. På grund af sin almennyttige karakter var institutionen fritaget for selskabsskat, formueskat og skat på virksomhedskapital (Gewerbekapitalsteuer).

10 Som offentligretlig institution var WfA omfattet af delstatens »Anstaltslast«, hvorefter ejeren er forpligtet til at sikre institutionens økonomiske grundlag, og »Gewährträgerhaftung«, hvorefter ejeren hæfter for alle institutionens gældsforpligtelser. Disse garantier eksisterer fortsat efter overdragelsen.

D — *Integreringen af WfA i WestLB*

11 I henhold til Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung (lov om støtte til boligbyggeri), som blev vedtaget den 18. december 1991 af delstatens landdag, blev WfA pr. 1. januar 1992 overdraget til WestLB.

12 I bemærkningerne til loven begrundes overdragelsen med, at WestLB's egenkapital skulle forhøjes for at sætte kreditinstituttet i stand til at opfylde de strengere egenkapitalkrav, der var gældende fra den 30. juni 1993. Desuden skulle sammenlægningen af WfA's aktiviteter i forbindelser med støtten til boligbyggeri med WestLB's aktiviteter fremme effektiviteten.

13 Som led i overdragelsen ophævede delstaten en garanti på ca. 7,4 mia. DEM, som WfA havde stillet for de gældsforpligtelser, delstaten havde påtaget sig i forbindelse med lånoptagelser med henblik på støtten til boligbyggeri.

14 WestLB blev WfA's universalsuccessor (med undtagelse af WfA's hæftelse over for delstaten, som blev ophævet inden overdragelsen, og som vedrørte delstatens gæld i forbindelse med støtten til boligbyggeri). WfA blev organisatorisk og økonomisk en uafhængig offentligretlig institution uden selvstændig retsevne

inden for WestLB. WfA's indskudskapital og reserver skal således opføres som særlig reserve på WestLB's balance. Delstaten hæfter som følge af »Anstaltslast« og »Gewährträgerhaftung« fortsat for WfA's gældsforpligtelser.

15 De aktiver, der blev overdraget fra WfA, dvs. indskudskapitalen, reserverne, delstatens formue til boligbyggeri og WfA's øvrige tilgodehavender samt fremtidige tilbagebetalinger af byggelån, skulle i henhold til § 2, stk. 16, andet punktum, i den lov, der er nævnt ovenfor i præmis 11, også efter WfA's overdragelse til WestLB fortsat anvendes til støtte til boligbyggeri. Ifølge loven skulle disse aktiver dog samtidig tjene som egenkapital — i henhold til Kreditwesengesetz og dermed også direktiv 89/299 — der lægges til grund for beregningen af bankens solvensnøgletal. Dermed tjener de også som sikkerhed for WestLB's konkurrenceprægede aktiviteter.

16 I forbindelse med overdragelsen ændrede indehaverne af WestLB's indskudskapital rammeaftalen og indgik aftale om, at de aktiver, der var bestemt til støtte til boligbyggeri, til stadighed skulle bevares, selv hvis WestLB skulle lide tab, hvorved den oprindelige kapital ville blive opbrugt. WfA's kapital skulle internt kun hæfte i anden række efter WestLB's øvrige egenkapital. Det blev præciseret i rammeaftalen, at WestLB-ejernes »Anstaltslast« også omfattede WfA's særlige reserver. I tilfælde af, at WestLB opløstes, ville delstaten have et privilegeret krav på WfA-kapitalen. Det blev endvidere erklæret, at forhøjelsen af WestLB's egenkapitalgrundlag som følge af WfA's overdragelse udgjorde en økonomisk ydelse fra delstatens side, og at ejerne skulle aftale den årlige godtgørelse herfor, så snart de første resultater af regnskabsårene fra 1992 forelå. Dette blev efterfølgende omfattet af et protokolnotat til rammeaftalen af 11. november 1993. I protokolnotatet blev det bestemt, at WestLB, såfremt der var overskud, skulle betale delstaten en årlig godtgørelse på 0,6% efter skat for den del af WfA's kapital, der kunne anvendes som sikkerhed for WestLB's forretninger.

17 Trods denne interne aftale om sikring af WfA's aktiver sondredes der i WestLB's forhold udadtil ikke mellem WfA's funktion som organ i forbindelse med støtten til boligbyggeri på den ene side og dens egenkapitals funktion som ansvarlig kapital for WestLB på den anden. De aktiver, der blev overdraget, kunne WestLB ubegrænset og umiddelbart disponere over til dækning af tab eller, i tilfælde af konkurs, til dækning af kreditorernes tilgodehavender.

18 Ifølge den driftsaftale vedrørende loven om støtte til boligbyggeri, der blev indgået mellem delstaten og WestLB, ville WestLB kun anvende den særlige reserve som sikkerhed for sine egne aktiviteter, for så vidt som varetagelsen af WfA's lovbestemte opgaver var sikret.

19 WfA mistede sin retlige uafhængighed ved at blive en afdeling for støtte til boligbyggeri under WestLB. Imidlertid blev WfA's aktiviteter ikke fuldt ud integreret i WestLB. WfA bibeholdtes som en adskilt enhed inden for WestLB med betegnelsen »Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen — Anstalt der Westdeutschen Landesbank Girozentrale«. Denne nye WestLB-afdeling for støtte til boligbyggeri indgik ganske vist i WestLB's regnskab, men havde også sit eget regnskab. WestLB's tidligere afdeling for støtte til boligbyggeri blev lagt sammen med WfA.

20 De overførte WfA-værdier i form af indskudskapital, reserver, øvrige aktiver og fremtidige overskud forbeholdtes fortsat støtten til boligbyggeri og skulle således forvaltes adskilt fra WestLB's øvrige aktiviteter. Samtidig var denne adskillelse en forudsætning for, at aktiviteterne i forbindelse med støtten til boligbyggeri efter den tyske skattelovgivning fortsat kunne godkendes som almennyttige. Således blev WfA's skattefritagelser ikke ophævet.

II — *Den administrative procedure*

21 På grundlag af en klage af 23. marts 1993 anmodede den tyske bankforening, Bundesverband deutscher Banken eV (herefter »BdB«), som repræsenterer ca. 300 privatbanker med hjemsted i Tyskland, Kommissionen om at indlede en procedure efter artikel 226 EF mod Forbundsrepublikken Tyskland. BdB gjorde gældende, at det tyske finanstilsyn, Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, havde overtrådt artikel 4, stk. 1, i direktiv 89/299 ved at godkende formuen i WfA, som var blevet fusioneret med WestLB, som WestLB's egenkapital.

22 Ved skrivelse af 31. maj 1994 underrettede BdB Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence (GD IV) om formueoverdragelsen og anførte i denne forbindelse, at der var tale om en konkurrencefordrejning til fordel for WestLB. Den 21. december 1994 indgav BdB formelt klage og opfordrede Kommissionen til at indlede en procedure efter artikel 88, stk. 2, EF mod Forbundsrepublikken Tyskland. I februar og marts 1995 og i december 1996 tilsluttede ti banker, der er medlemmer af BdB, sig BdB's klage.

23 For at kunne vurdere, om formueoverdragelsen udgjorde en statsstøtte, anmodede Kommissionen de tyske myndigheder om yderligere oplysninger ved skrivelser af 12. januar, 9. februar, 10. november og 13. december 1993 og derpå ved skrivelse af 16. januar 1996. Oplysningerne blev fremsendt ved skrivelser af 2. februar og 16. marts 1993, 8. marts 1994, 12. april og 26. april 1996 samt 14. januar 1997. Kommissionen modtog yderligere skrivelser og dokumenter fra de forskellige interesserede parter. Repræsentanter for Kommissionen holdt flere gange møde med repræsentanter for de tyske myndigheder, WestLB og de andre delstatsbanker samt klagerne.

24 Efter denne udveksling af oplysninger indledte Kommissionen ved beslutning af 1. oktober 1997 proceduren efter artikel 88, stk. 2, EF (herefter »beslutningen om at indlede proceduren«). I denne beslutning konkluderede Kommissionen, at den pågældende foranstaltning formentlig udgjorde støtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF, og at Kommissionen for at kunne gennemføre undersøgelsen behøvede yderligere oplysninger. Det drejede sig i den forbindelse især om oplysninger om de foranstaltninger, hvorved delstaten sikrede, at den på passende måde fik del i det yderligere udbytte, som WestLB kunne opnå som følge af kapitalforhøjelsen, oplysninger om følgerne af den overførte kapitals manglende likviditetskarakter, følgerne af den omstændighed, at delstatens indflydelse på WestLB ikke var steget, og følgerne af den faste godtgørelses præferencekarakter samt eventuelle andre faktorer ved fastsættelsen af en passende godtgørelse, oplysninger om størrelsen af WfA-kapitalen til sikring af WestLB's aktiviteter, om det beløb, der lå ud over dette, og som var opført på WestLB's balance, om skattefritagelserne, om frigørelsen for gældsforpligtelser, om WestLB's rentabilitet og de påståede synergier.

25 Ved skrivelse af 23. oktober 1997 underrettede Kommissionen den tyske regering om sin beslutning om at indlede proceduren efter artikel 88, stk. 2, EF. Ved skrivelser af 7. og 25. november samt 2. december 1997 blev det aftalt, hvilke fortrolige oplysninger der ikke måtte offentliggøres. Den tyske regering fremsendte sine kommentarer ved skrivelse af 27. februar 1998, efter at den ved skrivelse af 19. november 1997 havde anmodet om forlængelse af den tildelte frist, hvilket blev efterkommet ved skrivelse af 1. december 1997.

26 Kommissionens beslutning om at indlede proceduren blev offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* den 5. maj 1998 (EFT C 140, s. 9). Kommissionen opfordrede heri interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger. Kommissionen modtog bemærkninger fra WestLB (19.5.1998), Association française des banques (26.5.1998), British Bankers' Association (2.6.1998) og BdB (4.6.1998). Disse bemærkninger blev videresendt til den tyske regering ved skrivelse af 15. juni 1998 med anmodning om eventuelle kommentarer. Disse kommentarer blev modtaget ved skrivelse af 11. august 1998.

27 Den 15. januar og 16. september 1998 fandt der møder sted med repræsentanter for BdB og den 9. september 1998 med repræsentanter for WestLB. Ved skrivelse af 22. september 1998 indbød Kommissionens tjenestegrene de tyske myndigheder, WestLB og BdB til et fælles møde vedrørende forskellige aspekter af den foreliggende sag. BdB fremsendte informationsmateriale ved skrivelse af 30. oktober 1998. Mødet med disse tre parter fandt sted den 10. november 1998.

28 Efterfølgende anmodede Kommissionens tjenestegrene de tyske myndigheder og BdB om yderligere oplysninger og dokumenter ved skrivelse af 16. november 1998. Efter at fristen var blevet forlænget, forelagde BdB de ønskede oplysninger ved skrivelse af 14. januar 1999. Efter en forlængelse af fristen fremsendte de tyske myndigheder oplysninger i to skrivelser af 15. januar 1999 og i en skrivelse af 7. april 1999. Da de tyske myndigheder ikke ønskede at fremsende bestemte oplysninger til Kommissionen, stillede Kommissionen ved en beslutning af 3. marts 1999 krav om, at disse oplysninger skulle meddeles. Denne beslutning blev fremsendt til den tyske regering ved skrivelse af 24. marts 1999. Efter en forlængelse af fristen efterkom den tyske regering dette krav ved skrivelse af 22. april 1999.

29 Kommissionen lod foretage en uafhængig undersøgelse af, hvad delstaten kunne kræve som en passende godtgørelse for WfA's overdragelse til WestLB. Det rådgivningsfirma, der stod for undersøgelsen (First Consulting), deltog ligeledes i mødet med de tre parter den 10. november 1998.

III — *Den anfægtede beslutning*

30 Den 8. juli 1999 vedtog Kommissionen beslutning 2000/392/EF om Forbundsrepublikken Tysklands foranstaltning til fordel for Westdeutsche Landesbank — Girozentrale (EFT L 150, s. 1, herefter »den anfægtede beslutning«). Beslut-

ningen blev den 4. august 1999 meddelt Forbundsrepublikken Tyskland, som ved skrivelse af 6. august 1999 fremsendte den til delstaten. Ved skrivelse af 9. august 1999 informerede delstaten WestLB, der modtog skrivelsen samme dag. Beslutningens konklusion lyder således:

»*Artikel 1*

Tysklands statsstøtte til fordel for Westdeutsche Landesbank Girozentrale til et beløb af i alt 1 579 700 000 DEM (807 700 000 EUR), som blev ydet i perioden 1992-1998, er uforenelig med fællesmarkedet.

Artikel 2

1. Tyskland træffer alle nødvendige foranstaltninger for at tilbagesøge den i artikel 1 omhandlede støtte, som allerede ulovligt er udbetalt til støttemodtageren.

2. Tilbagesøgningen af støtten sker i overensstemmelse med den nationale lovgivning. Den støtte, der skal tilbagebetales, pålægges renter fra det tidspunkt, hvor den blev udbetalt til støttemodtageren, og indtil den er blevet tilbagebetalt. Renterne beregnes på basis af den referencesats, der anvendes til at beregne subventionsækvivalenten for regionalstøtte.

Artikel 3

Tyskland underretter senest to måneder efter meddelelsen af denne beslutning Kommissionen om, hvilke foranstaltninger der er truffet for at efterkomme beslutningen.

[...]«

A — *Generel vurdering*

31 I den anfægtede beslutnings betragtninger redegjorde Kommissionen for sin vurdering af den omhandlede foranstaltning. Kommissionens vurdering kan sammenfattes som følger.

32 Hvad for det første angik fordrejning af konkurrencevilkårene og påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne anførte Kommissionen, at WestLB udfører banktjenester i konkurrence med andre europæiske banker uden for Tyskland og i Tyskland. Således fordrejer støtte til WestLB konkurrencevilkårene og påvirker samhandelen inden for Unionen. Da en bank kun kan arbejde med en tilstrækkelig godkendt egenkapital og udvide sine kommercielle aktiviteter, er WestLB's aktivitetsmuligheder som følge af den statslige foranstaltning, der sikrede dens solvens, blevet direkte påvirket.

33 Kommissionen fandt endvidere, at den omhandlede transaktion udgjorde en offentlig formueoverdragelse til en virksomhed. Formuen, der har en kommerciel værdi, og som der ikke ydes en tilstrækkelig godtgørelse for, er statsmidler som omhandlet i artikel 87, stk. 1, EF.

34 Ved undersøgelsen af, om overdragelsen af statsmidler til en offentlig virksomhed begunstiger denne virksomhed og dermed kan udgøre statsstøtte i medfør af artikel 87, stk. 1, EF, anvendte Kommissionen »den markedsøkonomiske investors princip«.

35 Kommissionen forklarede derefter detaljeret sin gennemgang, der var blevet foretaget i lyset af den markedsøkonomiske investors princip.

36 Kommissionen anførte for det første, at på trods af, at artikel 295 EF bestemmer, at de ejendomsretlige ordninger i de forskellige medlemsstater ikke berøres af EF-traktaten, retfærdiggør dette ikke en overtrædelse af traktatens konkurrenceregler. Efter Kommissionens opfattelse sætter den dermed ikke spørgsmålstegn ved medlemsstaternes ret til at oprette særlige fonde med henblik på at udføre opgaver af almindelig økonomisk interesse. Men så snart offentlige midler og andre aktiver anvendes i forbindelse med kommercielle, konkurrenceprægede aktiviteter, skal de normale regler på markedet anvendes. Dette betyder ifølge Kommissionen, at så snart staten træffer beslutning om også kommercielt at udnytte aktiver, der er bestemt til offentlige formål, skal den kræve et vederlag herfor, som svarer til den normale godtgørelse på markedet.

37 Hvad for det andet angik foranstaltningens særlige karakter anførte Kommissionen, at det, når en medlemsstat vælger en fremgangsmåde som den omhandlede, indgående skal undersøges, i hvilket omfang den udgør en økonomisk fordel for den konkurrenceprægede del af foretagendet.

38 Kommissionen understregede for det tredje, at en måde til at sikre en passende forrentning af den investerede kapital havde været at øge delstatens andel af indskudskapitalen i WestLB. Da dette ikke var sket, skulle delstaten i henhold til den anfægtede beslutning i overensstemmelse med den markedsøkonomiske investors princip have krævet en passende godtgørelse for kapitalindskuddet på anden vis. I modsat fald ydede delstaten WestLB en fordel, som udgjorde statsstøtte.

39 For det fjerde forklarede Kommissionen, hvordan den havde fastlagt kapitalgrundlaget for beregningen af godtgørelsen. Til fastsættelse af en passende godtgørelse måtte der sondres mellem de forskellige dele af WfA's særlige reserve i forhold til deres nytteværdi for WestLB.

40 Ifølge Kommissionen var der blevet opført 5,9 mia. DEM som egenkapital på WestLB's balance. Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen havde imidlertid kun godkendt 4 mia. DEM som kerneegenkapital. Ifølge solvensreglerne måtte kun 2,5 mia. DEM af disse midler rent faktisk anvendes af WestLB som egenkapitalgrundlag til at udvide sine konkurrenceprægede virksomhedsområder, og dette beløb skulle derfor anvendes som det primære grundlag for en godtgørelse til delstaten. De resterende 1,5 mia. DEM var nødvendige som sikkerhed for WfA's aktiviteter i forbindelse med støtten til boligbyggeri. På balancen var der endvidere opført 1,9 mia. DEM, som imidlertid ikke var godkendt som egenkapital til solvensmæssige formål. Det beløb, der var opført på WestLB's balance, men som ikke kunne anvendes til at udvide WestLB's konkurrenceprægede virksomhedsområder, udgjorde således 3,4 mia. DEM. Da beløbet på 3,4 mia. DEM dog forbedrede bankens anseelse i relation til kreditorerne, kunne dets økonomiske funktion — selv hvis det opførtes på balancen som egenkapital — i denne henseende i det mindste sammenlignes med en garanti. Da beløbet således også havde en økonomisk nytteværdi for WestLB, havde en investor, der disponerer ud fra markedsøkonomiske betragtninger, krævet en godtgørelse herfor. Denne godtgørelse ville dog være mindre end godtgørelsen for de 2,5 mia. DEM, som kunne anvendes til udvidelse af WestLB's konkurrenceprægede virksomhedsområde.

41 For det femte forklarede Kommissionen detaljeret, hvordan den havde beregnet den passende godtgørelse for kapitalen.

B — *Undersøgelsen vedrørende den passende godtgørelse for kapitalen*

42 Med hensyn til EF-traktatens statsstøtteregler fastslog Kommissionen indledningsvis, at transaktionen udgør en kapitaltilførsel og ikke en garanti, og at der derfor må beregnes en godtgørelse herfor. Med henblik på at beregne en passende godtgørelse sammenlignede Kommissionen dog en del af kapitalbeløbet med en garanti, da den på grund af sin særlige karakter ikke kunne anvendes af WestLB på samme måde som »normal« egenkapital.

43 Kommissionen understregede herefter for det første, at det på grund af WfA-transaktionens særlige karakter var vanskeligt at sammenligne WfA's integrering i WestLB med et finansielt instrument, der fandtes på markedet, og den forklarede, hvorfor den fandt, at den sammenligning, som den tyske regering havde foretaget med hybride egenkapitalinstrumenter, ikke var egnet til at tjene som grundlag for beregningen af den passende godtgørelse for WfA-kapitalen.

44 For det andet henviste Kommissionen til konsekvenserne af de likviditetsmæssige ulemper for beregningen af godtgørelsen. Da WfA-kapitalen i første række ikke tilførte WestLB likviditet — fordi den overførte formue og alle WfA's indtægter efter loven var forbeholdt støtten til boligbyggeri — havde WestLB yderligere finansieringsomkostninger svarende til kapitalbeløbet, hvis den fremskaffede de nødvendige midler på finansmarkederne for fuldt ud at udnytte de aktivitetsmuligheder, som den fik på grundlag af den yderligere egenkapital. På grund af disse ekstra omkostninger, som ikke opstod i forbindelse med normal egenkapital, skulle der foretages et tilsvarende nedslag for at kunne beregne, hvad der var en passende godtgørelse.

45 I modsætning til WestLB og den tyske regering var Kommissionen imidlertid af den opfattelse, at der ikke skulle tages højde for den samlede refinansieringssats. Det var kun nettoudgifterne, der skulle tages i betragtning som ekstra byrder for WestLB som følge af den overførte kapitals særlige karakter. Kommissionen anerkendte således, at de yderligere »likviditetsomkostninger«, der opstod for WestLB, svarede til »refinansieringsomkostninger minus skat«. Kommissionen accepterede de ekspertundersøgelser, som den tyske regering havde fremlagt vedrørende godtgørelsens størrelse, og som nævnte værdien 8,26% som en passende langfristet refinansieringssats. På grundlag af de tyske skattesatser nåede man dermed frem til en refinansieringsomkostningssats på netto 4,2%.

46 For det tredje forklarede Kommissionen, hvordan den havde beregnet den passende godtgørelse for beløbet på 2,5 mia. DEM, der svarede til forhøjelsen af WestLB's disponible egenkapital.

47 Kommissionen gjorde opmærksom på, at de eksterne eksperter, som Kommissionen havde benyttet sig af, havde argumenteret med, at der burde tages udgangspunkt i den normale forrentning af investeringer i banksektoren, og at denne derpå skulle tilpasses på grundlag af flere særlige karakteristika ved transaktionen. Som led i undersøgelsen havde Kommissionen desuden taget hensyn til en række udsagn og undersøgelser fra investeringsbanker og rådgivningsfirmaer om faktiske og forventede forrentninger i forbindelse med egenkapital og investeringer, og også til de undersøgelser, der var forelagt af de forskellige parter.

48 Kommissionen anførte, at den på grundlag af disse oplysninger, sin relevante erfaring, markedsstatistikker samt beslutninger, som den allerede havde truffet i forbindelse med kapital, der var indskudt af staten, tog udgangspunkt i, at der på overdragelsestidspunktet kunne forventes en minimumsgodtgørelse på 12% efter skat for denne investering med egenkapitalkarakter.

49 Ved beregningen af den passende godtgørelse tog Kommissionen endvidere højde for, at en investor, der disponerer ud fra markedsøkonomiske betragtninger, på grund af transaktionens særlige karakter ville have krævet et tillæg ud over den normale forrentning af den indskudte kapital ifølge markedsvilkårene.

50 Dette tillæg blev forklaret under henvisning til tre faktorer. For det første var den overførte formue betydelig, den var afgørende for WestLB i henseende til bestemmelserne om solvensnøgletal, og WestLB's overskud lå under gennemsnittet i forhold til andre banker. For det andet pådrog delstaten sig en større risiko i tilfælde af WestLB's insolvens som følge af WfA's integrering i WestLB. Endvidere fik delstaten ingen yderligere stemmerettigheder i forbindelse med integreringen. Som kompensation for, at der accepteredes en større risiko, uden at dette modsvaredes af en tilsvarende større indflydelse på virksomheden, ville en normal investor, der handler under markedsøkonomiske vilkår, have krævet en højere godtgørelse. For det tredje havde delstatens investering karakter af en permanent investering i ikke-noterede papirer. På grund af de særlige omstændigheder i forbindelse med overdragelsen af WfA-formuen havde delstaten ikke mulighed for at trække kapitalen ud og dermed afvikle sin investering. På grund af transaktionens særlige karakter fandt Kommissionen derfor, at det mindstetillæg, der i denne forbindelse var passende, var på 1,5%.

51 Kommissionen nåede frem til den konklusion, at en passende godtgørelse for den pågældende kapital ville udgøre 9,3%, dvs. 12% i normal forrentning af investeringen plus tillægget på 1,5% for transaktionens særlige karakter minus 4,2% som følge af de finansieringsudgifter, som opstod for WestLB på grund af den overførte formues manglende likviditet.

52 For det fjerde forklarede Kommissionen, hvordan den havde beregnet den passende godtgørelse for beløbet på 3,4 mia. DEM, et beløb, der var opført på WestLB's balance, men som ikke kunne anvendes til at udvide WestLB's konkurrenceprægede virksomhedsområder. Kommissionen gjorde opmærksom på, at den i beslutningen om indledningen af proceduren efter artikel 88, stk. 2, EF havde anført en sats på 0,3%, som den tyske regering havde nævnt som en

passende garantiprovision for en bank som WestLB. Den fandt, at dette beløb lå over det beløb, som normalt dækkes af sådanne bankgarantier. Desuden ydes bankgarantier sædvanligvis i forbindelse med bestemte transaktioner og er tidsbegrænsede, hvorimod WestLB tidsmæssigt ubegrænset kunne disponere over WfA's særlige reserve. Ifølge Kommissionen krævede disse faktorer, at godtgørelsessatsen forhøjedes til ca. 0,5-0,6%. Da garantipræmier normalt udgør driftsudgifter og derfor nedsætter det skattepligtige overskud, mens den godtgørelse, som ydes delstaten for WfA-kapitalen, betales af overskuddet efter skat, skulle denne sats justeres tilsvarende. Efter Kommissionens opfattelse var en godtgørelsessats på 0,3% efter skat derfor en korrekt godtgørelse for denne form for kapital.

53 For det femte fandt Kommissionen, at såfremt der i øvrigt opstod synergier og besparelser for delstaten og WfA ved overdragelsen af WfA og WfA's integrering i WestLB, kunne dette ikke betragtes som en modydelse fra WestLB for tilvejebringelsen af kerneegenkapital. Da disse synergier hverken betød, at WestLB's mulighed for at anvende den overførte kapital blev mindre, eller at omkostningerne som følge af overdragelsen blev større for WestLB, ville synergierne formentlig heller ikke have indflydelse på størrelsen af den godtgørelse, som en investor, der opererer ud fra markedsøkonomiske principper, kunne kræve af banken for den indskudte egenkapital. Kommissionen betragtede til gengæld et beløb på 33 mio. DEM, som WestLB i 1992 indbetalte i forbindelse med WfA's pensionsudgifter, som en del af den godtgørelse, som WestLB havde betalt for overdragelsen.

54 Endelig fastlagde Kommissionen støtteelementet i den omhandlede transaktion på grundlag af de ovenfor omtalte beregninger af den kapital, der skulle lægges til grund, og godtgørelsen herfor. Kommissionen anså følgende for at svare til markedsvilkårene: en godtgørelse på 9,3% efter skat for den del af kapitalen, som WestLB kunne anvende som sikkerhed for sine aktiviteter, dvs. 2,5 mia. DEM ved udgangen af 1993, og på 0,3% efter skat for forskellen mellem denne del og det beløb på 5,9 mia. DEM, der var opført på WestLB's balance som egenkapital, dvs. 3,4 mia. DEM ved udgangen af 1993. Ifølge Kommissionen skulle der endvidere tages højde for den godtgørelse på 0,6% af det beløb, som WestLB

kunne anvende som sikkerhed for sine aktiviteter, og som banken havde betalt siden 1993. I øvrigt accepterede Kommissionen WestLB's indbetalinger i 1992 til WfA's pensionsfordringer som en yderligere godtgørelse til delstaten. Støtteelementet blev beregnet som forskellen mellem de faktiske betalinger og de betalinger, der ville svare til markedsvilkårene. Ifølge Kommissionen udgjorde den samlede støtte fra 1992 til 1998 i alt 1 579 700 000 DEM.

55 Efter redegørelsen for anvendelsen af den markedsøkonomiske investors princip på den omhandlede transaktion behandlede Kommissionen andre aspekter af transaktionen, før den fremsatte for sin endelige konklusion.

56 Med hensyn til det forhold, at »WfA«-området inden for WestLB var fritaget for skat i forbindelse med støtten til boligbyggeri, bemærkede Kommissionen, at denne fritagelse forøgede WfA's overskud (eller formindskede underskuddene), og således betød, at WfA's nettoformue kunne stige. Den del, som WestLB havde til disposition som sikkerhed for sine aktiviteter, kunne derfor med tiden ligeledes stige. Såfremt denne andel imidlertid voksede, øgedes også grundlaget for den godtgørelse, der skulle betales til delstaten. Kommissionen konkluderede i denne henseende, at såfremt godtgørelsen fastsattes på et passende niveau, ville skattefritagelserne i forbindelse med støtten til boligbyggeri ikke resultere i en konkurrencefordrejning til fordel for WestLB. Den gjorde opmærksom på, at en passende godtgørelse ifølge de beregninger, der er forklaret ovenfor i præmis 51 og 52, udgjorde 9,3% for så vidt angik det beløb, der svarede til forhøjelsen af WestLB's disponible egenkapital, og 0,3% for det beløb, der var opført på WestLB's balance, men som ikke kunne anvendes til at udvide WestLB's konkurrenceprægede virksomhedsområder.

57 WfA's værdi var efter Kommissionens opfattelse steget som følge af afkaldet på garantihæftelsen. Da den godtgørelse, som WestLB skulle betale, imidlertid var blevet beregnet efter vurderingen af WfA efter dette afkald, dvs. at der blev taget

højde for værditilvæksten, udgjorde afkaldet ingen fordel for WestLB, såfremt godtgørelsen var i overensstemmelse med markedsvilkårene.

58 På grundlag af det anførte konstaterede Kommissionen, at alle kriterier i artikel 87, stk. 1, EF var opfyldt, og da ingen af undtagelsesbestemmelserne i artikel 86, stk. 2, EF og artikel 87, stk. 2 og 3, EF fandt anvendelse i den foreliggende sag, kunne støtten ikke betragtes som forenelig med traktaten.

Retsforhandlinger og parternes påstande

59 Ved stævninger indleveret til Rettens Justitskontor den 12. oktober 1999 har sagsøgerne anlagt de foreliggende sager.

60 Ved kendelse af 22. august 2000, afsagt af formanden for Rettens Fjerde Udvidede Afdeling, har Forbundsrepublikken Tyskland fået tilladelse til at intervenere til støtte for sagsøgernes påstande og BdB fået tilladelse til at intervenere til støtte for sagsøgtes påstande.

61 I samme kendelse har Retten behandlet sagsøgernes begæring om fortrolig behandling og taget begæringen til følge for så vidt angår visse oplysninger i sagens akter. Denne kendelse er berigtiget ved kendelse af 23. oktober 2000.

62 Ved kendelse af 11. juli 2001, afsagt af formanden for Rettens Fjerde Udvidede Afdeling, er de to sager, efter at parterne er blevet hørt, blevet forenet med henblik på den mundtlige forhandling og dommen i overensstemmelse med artikel 50 i Rettens procesreglement.

63 Som følge af ændringen i sammensætningen af Rettens afdelinger fra den 20. september 2001 er den refererende dommer blevet tilknyttet Anden Udvidede Afdeling, og sagerne er derfor blevet henvist til denne afdeling.

64 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Anden Udvidede Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling. Sagsøgerne, sagsøgte og Forbundsrepublikken Tyskland har besvaret skriftlige spørgsmål fra Retten, og Kommissionen har fremlagt de dokumenter, den er blevet anmodet om som led i sagens tilrettelæggelse.

65 Ved kendelse af 29. maj 2002 har formanden for Rettens Anden Udvidede Afdeling foreløbigt imødekommet sagsøgernes begæring om fortrolig behandling med hensyn til visse oplysninger, der fremgår af et af de i foregående præmis nævnte dokumenter.

66 Parterne har i retsmødet den 5. og 6. juni 2002 afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten.

67 I samme retsmøde fremkom intervenienterne — efter udtrykkelig forespørgsel herom — ikke med bemærkninger til sagsøgernes begæring om fortrolig behandling af visse oplysninger, der fremgår af et af de dokumenter, som Kommissionen har fremlagt på Rettens anmodning. Derfor stadfæstes kendelsen om foreløbigt at imødekomme begæringen om fortrolig behandling.

68 WestLB har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen betaler sagens omkostninger.

69 Delstaten har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen betaler sagens omkostninger.

— BdB bærer sine egne omkostninger.

70 Forbundsrepublikken Tyskland, der er interveneret i sagen, har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen betaler sagens omkostninger.

71 Kommissionen har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse i begge sager.

— Sagsøgerne betaler sagens omkostninger.

72 BdB, der er interveneret i sagen, har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse i begge sager.

— Sagsøgerne betaler sagens omkostninger, herunder BdB's omkostninger.

Realiteten

73 Til støtte for sine påstande har WestLB fremført fem anbringender: at den fratrådte Kommission ikke havde kompetence til at vedtage den anfægtede beslutning, at Kommissionens sammensætning var mangelfuld, at retten til kontradiktion er blevet tilsidesat, at begrundelsespligten er blevet tilsidesat, og at artikel 87, stk. 1, EF er blevet tilsidesat. Delstaten har anført fire anbringender: at Kommissionen ikke havde den fornødne kompetence og var mangelfuldt sammensat, at retten til kontradiktion er blevet tilsidesat, at beslutningen er behæftet med væsentlige formelle mangler, og at artikel 87, stk. 1, EF og artikel 295 EF er blevet tilsidesat.

74 Under den mundtlige forhandling har sagsøgerne på Rettens forespørgsel erklæret, at de frafalder anbringendet om, at Kommissionens sammensætning var mangelfuld på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning.

75 Retten skal først gennemgå anbringendet om, at Kommissionen ikke havde den fornødne kompetence, for det andet anbringendet om, at retten til kontradiktion er blevet tilsidesat, og for det tredje anbringendet om, at beslutningen er behæftet med væsentlige formelle mangler med hensyn til den hævdede tilsidesættelse af Forbundsrepublikken Tysklands ret til at blive hørt, de hævdede fejlagtige konstateringer vedrørende faktiske omstændigheder og den hævdede tilsidesættelse af neutralitetsprincippet.

76 For det fjerde skal Retten gennemgå anbringendet om tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF og artikel 295 EF med hensyn til Kommissionens fortolkning af begrebet statsstøtte i den anfægtede beslutning. Endelig skal Retten gennemgå anbringendet om tilsidesættelse af begrundelsespligten sammen med det subsidiære anbringende om tilsidesættelse af de to traktatbestemmelser med hensyn til Kommissionens anvendelse af den markedsøkonomiske investors princip (herefter også »den private investors princip«).

I — *Det første anbringende om, at Kommissionen ikke havde kompetence til at vedtage den anfægtede beslutning*

A — *Parternes argumenter*

77 Sagsøgerne har gjort gældende, at de funktioner, som Kommissionen, der var fratrådt den 16. marts 1999, kunne udøve på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning, var begrænset til at videreføre de løbende og hastende forretninger. Da beslutningen ikke falder ind under disse rammer, må den annulleres.

78 Sagsøgerne har for det første anført, at eftersom retsfølgerne af, at alle Kommissionens medlemmer er fratrådt frivilligt, ikke udtrykkeligt er fastlagt i EF-traktaten, skal artikel 201, stk. 2, andet punktum, EF anvendes analogt, da denne bestemmelse er den eneste i traktaten, der vedrører den samlede Kommissions fratræden. Følgelig var Kommissionens funktioner begrænset til videreførelse af de løbende forretninger.

79 Artikel 215 finder ikke anvendelse i den foreliggende sag. Kommissionens fratræden var ikke frivillig, da den skete med det ene formål at komme et mistillidsvotum fra Europa-Parlamentet, som med sikkerhed måtte forventes vedtaget, i forkøbet. Delstaten har tilføjet, at når traktaten begrænser Kommissionens kompetence til videreførelse af løbende forretninger efter vedtagelsen af et mistillidsvotum, vil det utvivlsomt være i strid med artikel 201 EF's effektive virkning, hvis Kommissionen ved en forebyggende frivillig fratræden kunne unddrage sig denne begrænsning. Herudover har delstaten anført, at det for at undgå, at artikel 201 bliver omgået i forbindelse med en samlet fratræden, er nødvendigt, at samme begrænsning som den, der finder anvendelse ved vedtagelse af et mistillidsvotum, finder anvendelse.

80 Endvidere følger begrænsningen af den fratrådte Kommissions kompetence til at videreføre løbende forretninger ligeledes af et generelt fællesskabsretligt princip, der kan udledes af medlemsstaternes retsordener. I denne henseende har delstaten henvist til en udtalelse af 9. januar 1995 fra Kommissionens Juridiske Tjeneste.

81 Sagsøgerne har endvidere gjort gældende, at den omstændighed, at alle Kommissionens medlemmer fratræder, ikke svarer til, at en række kommissionsmedlemmer fratræder enkeltvis. Artikel 215 EF vedrører kun et eller flere kommissionsmedlemmers fratræden og forudsætter således en Kommission, som stadig udøver sine funktioner, og som derfor på ny kan gøres fuldtallig. Sagsøgerne finder, at såfremt den samlede Kommissions fratræden ses som summen af, at kommissionsmedlemmerne fratræder enkeltvis, udvides artikel 215 EF's anvendelsesområde ulovligt, og Parlamentets rettigheder i forbindelse med proceduren for udnævnelse af en ny Kommission indskrænkes. Parlamentet kan ikke længere vedtage et mistillidsvotum mod Kommissionen, når først alle Kommissionens medlemmer er fratrådt, og et forslag til et sådant mistillidsvotum var da også blevet afvist af Parlamentets formand.

82 Subsidiært har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionens funktioner ligeledes var begrænset til videreførelse af løbende og hastende forretninger, idet Kommissionen var bundet af sin egen erklæring af 17. marts 1999 og af sine retningslinjer af 23. marts 1999 vedrørende de aktiviteter, som den ville begrænse sig til som følge af sin fratræden. I den henseende har WestLB anført, at Domstolen ofte har udtalt, at Kommissionens erklæringer af generel rækkevidde også er bindende for Kommissionen, selv om de ikke er affattet som en retsakt i henhold til artikel 249 EF (Domstolens dom af 24.3.1993, sag C-313/90, CIRFS m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 1125, præmis 34-36, Rettens dom af 12.12.1996, sag T-380/94, AIUFFASS og AKT mod Kommissionen, Sml. II, s. 2169, præmis 57, og af 5.11.1997, sag T-149/95, Ducros mod Kommissionen, Sml. II, s. 2031, præmis 61).

83 Sagsøgerne har for det andet gjort gældende, at den anfægtede beslutning er en »prøvesag«, der vil komme til at danne præcedens inden for statsstøtteretten, og at vedtagelsen af beslutningen derfor hverken er en løbende eller hastende forretning.

84 Sagsøgerne har anført, at den anfægtede beslutning går langt ud over de daglige forvaltningshandlinger. Integreringen af WfA i WestLB adskiller sig på grund af sin særlige struktur fra alle andre foranstaltninger, der kan kvalificeres som statsstøtte. Endvidere har Kommissionen for første gang anvendt den markedsøkonomiske investors princip på en sund virksomhed, idet den af denne virksomhed har krævet en gennemsnitlig forrentning i den pågældende sektor af kapital tilført af en offentlig investor (herefter »den gennemsnitlige forrentning«). Desuden er der tale om en procedure, hvis udfald er af grundlæggende betydning for andre lignende sager.

85 Spørgsmålet, om den nævnte procedure blev indledt forud for Kommissionens fratræden, spiller ikke nogen som helst rolle, da Kommissionen ellers kunne videreføre sit arbejde, som den gjorde det før sin afgang. Over for Kommissionens argument om, at der ikke var behov for at tage stilling til nye forhold eller omstændigheder under den formelle undersøgelsesprocedure, har delstaten anført, at det er i løbet af denne procedure, at undersøgelsens virkelige betydning er kommet frem, og at det kun er beslutningen om at afslutte denne procedure, der har betydning. I betragtning af de særlige forhold ved og den væsentlige betydning af den omhandlede sag kan den anfægtede beslutning om at afslutte proceduren ikke henregnes til løbende forretninger, der videreføres af Kommissionen.

86 Beslutningen vedrører heller ingen hastesag. Kommissionen skulle ikke handle for at undgå yderligere skade for Fællesskabet eller private. Der er ikke fastsat nogen frist for statsstøtteproceduren. Desuden havde proceduren allerede været i gang siden 1994.

87 Delstaten har endvidere anført, at dens opfattelse af, at Kommissionen ikke længere havde kompetence til at vedtage den anfægtede beslutning, bekræftes af Kommissionens hidtidige praksis i overgangsperioder, fordi der ikke var tale om en normal sag, der henhørte under den daglige forvaltning, og fordi vedtagelsen af beslutningen heller ikke hastede. Den eneste Kommission, hvis mandat er

ophørt, og som har udøvet sine funktioner indtil udnævnelsen af en ny Kommission, har været Kommissionen under J. Delors' formandskab, og denne Kommission holdt sig i overgangsperioden strengt til princippet om kun at vedtage beslutninger om løbende og virkelig hastende forretninger. I løbet af overgangsperioden blev der ikke truffet nogen beslutning om at afslutte en formel procedure vedrørende statsstøtte.

88 Kommissionen har, støttet af BdB, bestridt, at Kommissionens fratræden under J. Santers formandskab i marts 1999 retligt set førte til en begrænsning af dens beføjelser til videreførelse af de løbende forretninger, og har subsidiært gjort gældende, at den anfægtede beslutning er blevet vedtaget inden for en sådan ramme.

89 Kommissionen har anført, at Retten skal afvise fremlæggelsen af den i præmis 80 nævnte udtalelse fra Kommissionens Juridiske Tjeneste, da der er tale om et internt dokument, som delstaten på retsstridig måde er kommet i besiddelse af. I henhold til artikel 64, stk. 4, i Rettens procesreglement har Kommissionen ligeledes anmodet Retten om at træffe afgørelse om, at dette dokument udtages fra akterne i sag T-233/99.

B — *Rettens bemærkninger*

90 I henhold til procesreglementets artikel 49 og artikel 64, stk. 4, skal der indledningsvis tages stilling til Kommissionens anmodning om, at udtalelsen fra Kommissionens Juridiske Tjeneste vedrørende omfanget af institutionens beføjelser efter udløbet af dens medlemmers mandat udtages fra akterne i sag T-233/99.

91 Da det pågældende dokument er et internt kommissionsdokument, og delstaten ikke har været i stand til at godtgøre, at den er kommet i besiddelse af det på retmæssig vis, må Kommissionens anmodning tages til følge (jf. analogt Domstolens kendelse af 15.10.1986, sag 31/86, LAISA mod Rådet, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 5, og kendelse afsagt af Rettens præsident den 3.3.1998, sag T-610/97 R, Carlsen m.fl. mod Rådet, Sml. II, s. 485, præmis 36-41 og 45-49).

92 Desuden finder Retten, at udtalelsen intet indeholder, som vil være afgørende for den legalitetskontrol, som Fællesskabets retsinstanser skal foretage (jf. i denne retning Domstolens kendelse af 11.12.1986, sag 212/86, ICI mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 5-8, og af 20.3.1991, sag 308/90, Advanced Nuclear Fuels mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 12, og Rettens dom af 10.3.1992, sag T-9/89, Hüls mod Kommissionen, Sml. II, s. 499, præmis 85 og 86).

93 Med det foreliggende anbringende har sagsøgerne i det væsentlige anført, at den anfægtede beslutning er retsstridig, fordi Kommissionen under udøvelsen af sine funktioner kun havde beføjelse til at videreføre løbende og hastende forretninger, og at beslutningen ikke vedrørte en sag af denne type.

94 Uafhængigt af, om Kommissionens beføjelser var begrænset på tidspunktet for vedtagelsen af den anfægtede beslutning, skal det undersøges, om beslutningen kan kvalificeres som en retsakt vedrørende en løbende forretning.

95 Sagsøgerne har gjort gældende, at beslutningen vedrører en foranstaltning, som på grund af sin særlige struktur adskiller sig fra andre foranstaltninger, der er underlagt Kommissionen, og at Kommissionen for første gang har anvendt den markedsøkonomiske investors princip på en sund virksomhed, idet den har krævet en gennemsnitlig forrentning. Desuden vil den anfægtede beslutning danne præcedens for lignende sager.

96 Indledningsvis bemærkes, at den anfægtede beslutning ikke udgjorde et nyt politisk initiativ, hvorved Kommissionens beføjelser, der var begrænset til forvaltning af løbende forretninger, blev overskredet.

97 Selv om denne sag i en vis udstrækning adskiller sig fra de statsstøttesager, som Kommissionen tidligere har behandlet, har Kommissionen ved den anfægtede beslutning i den foreliggende sag under alle omstændigheder kun anvendt en retlig regulering, der består af regler og principper, som for længst er blevet opstillet.

98 En sådan anvendelse hører under den overvågningsfunktion, der er tillagt Kommissionen ved artikel 211 EF, og navnlig under dens forpligtelse til at drage omsorg for anvendelsen af artikel 87, stk. 1, EF for at sikre, at statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler, under enhver tænkelig form hverken fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder.

99 En sådan forpligtelse indgår i virkeliggørelsen af et af Fællesskabets væsentligste opgaver, der — som fastsat i artikel 3, stk. 1, litra g), EF — er at sikre, at konkurrencen inden for det indre marked ikke fordrejes.

100 Det må således antages, at den anfægtede beslutning vedrører en sag, der hører under forvaltningen af løbende forretninger.

101 Sagsøgerne kan heller ikke hævde, at den måde, hvorpå Kommissionen har anvendt fællesskabsretten i den foreliggende sag, fratager sagen denne karakter.

102 Med hensyn til anvendelsen af den markedsøkonomiske investors princip på sunde virksomheder bemærkes, at Kommissionen allerede tidligere havde efterprøvet, om visse foranstaltninger var forenelige med dette princip, selv om den begunstigede virksomhed havde opnået overskud (Kommissionens beslutning 98/365/EF af 1.10.1997 om Frankrigs påståede støtte til SFMI-Chronopost, EFT L 164, s. 37, punkt I.B og II), og at Kommissionen i øvrigt havde meddelt, at den ville følge denne fremgangsmåde, jf. punkt 22 og 23 i Kommissionens meddelelse fra 1993 til medlemsstaterne om anvendelse af [EF-]traktatens artikel [87] og [88] og af artikel 5 i Kommissionens direktiv 80/723/EØF på offentlige virksomheder i fremstillingssektoren (EFT C 307, s. 3, herefter »Kommissionens meddelelse fra 1993«, jf. nedenfor i præmis 211).

103 Med hensyn til kravet om den gennemsnitlige forrentning bemærkes, at det kun er et analyseredskab i forbindelse med anvendelsen af den markedsøkonomiske investors princip (jf. nedenfor i præmis 243-277).

104 På denne baggrund er det forhold, at den anfægtede beslutning kunne danne præcedens for lignende sager, heller ikke til hinder for at konkludere, at den foreliggende sag kan anses for at høre under forvaltningen af løbende forretninger.

105 Dette anbringende skal derfor forkastes, uden at det er nødvendigt at tage stilling til, om der kan gives medhold i argumentet om den hævdede begrænsning af Kommissionens beføjelser som følge af dens fratræden.

II — *Det andet anbringende om, at retten til kontradiktion er blevet tilsidesat*

A — *Parternes argumenter*

106 Sagsøgerne har, støttet af Forbundsrepublikken Tyskland, gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat sagsøgernes og Forbundsrepublikken Tysklands ret til at blive hørt ved at nægte dem aktindsigt i First Consultings rapport samt i to skrivelser fra BdB af 30. oktober 1998 og af 14. januar 1999 (herefter de »to skrivelser fra BdB«) og dermed fratage dem muligheden for at fremlægge deres synspunkter vedrørende disse dokumenter, herunder vedrørende professor Schulte-Mattlers responsum, der var vedlagt den sidste af disse skrivelser. Delstaten har endvidere gjort gældende, at Kommissionen i sin beslutning har lagt en sats for en passende forrentning efter skat til grund, og at denne sats således er meget højere end den, der kunne forventes i henhold til BdB's klage, der udløste proceduren, og i henhold til udkastet til beslutning om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, der nævnte en sats før skat. Da Forbundsrepublikken Tyskland og delstaten ikke har kunnet fremsætte deres bemærkninger hertil, er deres ret til kontradiktion blevet tilsidesat.

107 Med hensyn til First Consultings rapport har sagsøgerne og Forbundsrepublikken Tyskland indledningsvis understreget, at den udgør et væsentligt led i den anfægtede beslutnings begrundelse.

108 Sagsøgerne har for det første gjort gældende, at ikke blot den medlemsstat, som beslutningen i statsstøttesagen er rettet til, men også den virksomhed, der formodes at have modtaget støtte, har ret til at blive hørt (Domstolens dom af 12.2.1992, forenede sager C-48/90 og C-66/90, Nederlandene mod Kommissionen, Sml. I, s. 565, præmis 50 ff.). Denne ret er blevet anerkendt i forbindelse med anvendelsen af artikel 86 EF, og den skal så meget desto mere anerkendes i statsstøtteprocedurer, der støttes på artikel 87 EF. Sagsøgerne har afvist Kommissionens argument vedrørende Rettens dom af 25. juni 1998 (forenede

sager T-371/94 og T-394/94, British Airways m.fl. og British Midland Airways mod Kommissionen, Sml. II, s. 2405, præmis 57-64), da den deri indeholdte henvisning til de interesserede parter kun vedrører konkurrenterne og ikke støttemodtagerne.

109 WestLB har, støttet af Forbundsrepublikken Tyskland, gjort gældende, at den i hvert fald ikke, når sagens omstændigheder tages i betragtning på passende måde, er blevet inddraget i den administrative procedure (jf. dommen i de forenede sager British Airways m.fl. og British Midland Airways mod Kommissionen, præmis 60, og Rettens dom af 16.12.1999, sag T-158/96, Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen, Sml. II, s. 3927, præmis 45). WestLB har endvidere gjort gældende, at Kommissionens principper for administrativ praksis vedrørende tredjemands ret til at blive hørt i forbindelse med fusionskontrol skal anvendes analogt på statsstøtte. Kun på denne måde kan de krav, som Retten har stillet i dommen i de forenede sager British Airways m.fl. og British Midland Airways mod Kommissionen, efterkommes.

110 Sagsøgerne har endvidere gjort gældende, at det ikke tilkommer Kommissionen at afgøre, om bestemte dokumenter indeholder oplysninger, der kan være nyttige for de interesserede parter eller ikke, men at den skal give de berørte virksomheder adgang til alle dokumenter, der er indsamlet ved undersøgelsen, uanset om de er til skade eller fordel for virksomhederne, dog ikke fortrolige dokumenter (Rettens dom af 17.12.1991, sag T-7/89, Hercules Chemicals mod Kommissionen, Sml. II, s. 1711, præmis 54, og domme af 29.6.1995, sag T-30/91, Solvay mod Kommissionen, Sml. II, s. 1775, præmis 101, og sag T-36/91, ICI mod Kommissionen, Sml. II, s. 1847, præmis 111).

111 Retten til at fremsætte bemærkninger i henhold til artikel 20 i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel [88] (EFT L 83, s. 1) udspringer efter WestLB's opfattelse alene af det almindelige princip om retten til at blive hørt, som bringes i anvendelse i denne bestemmelse, uden at den kan begrænse princippets omfang inden for statsstøtteretten.

112 Delstaten har anført, at den kan påberåbe sig en tilsidesættelse af dens egen ret til kontradiktion, da proceduren udelukkende vedrører en retsakt, som delstaten har vedtaget, og den derfor, da den er den eneste støtteyder, indtager en stilling i sagen, der adskiller sig fra de andre deltageres.

113 Hvad for det andet angår omfanget af retten til at blive hørt har sagsøgerne påberåbt sig Domstolens praksis (Domstolens domme af 10.7.1986, sag 234/84, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2263, præmis 27, og sag 40/85, Belgien mod Kommissionen, Sml. s. 2321, præmis 28) til støtte for at bestride, at en ret til at blive hørt kan udøves hensigtsmæssigt og effektivt, hvis den kun vedrører faktiske omstændigheder, men ikke Kommissionens bedømmelse af disse faktiske omstændigheder.

114 Sagsøgerne har anfægtet argumentet om, at der ikke kan gives aktindsigt i First Consultings rapport, fordi den er et internt dokument, idet de har gjort gældende, at rapporten ikke kan anses for at være et internt dokument. Til støtte for sin opfattelse har WestLB henvist til Kommissionens meddelelse om interne procedureregler for behandling af anmodninger om aktindsigt i sager angående EF-traktatens artikel [81] og [82], EKSF-traktatens artikel 65 og 66 samt Rådets forordning (EØF) nr. 4064/89 (EFT 1997 C 23, s. 3), der vedrører konkurrenceretten og fusionskontrollen.

115 WestLB og Forbundsrepublikken Tyskland har endvidere gjort opmærksom på, at en direktør i GD IV, Martin Power, på mødet den 10. november 1998 gav tilsagn om, at der ville blive givet aktindsigt i First Consultings rapport inden afslutningen af den administrative procedure, og har anmodet Retten om, at den under den mundtlige forhandling for Retten indkalder Peter Fleischer og Gerhard Knoke, der deltog i mødet, som vidner med hensyn til dette spørgsmål.

116 Sagsøgerne og Forbundsrepublikken Tyskland har understreget den betydning, som BdB's to skrivelser, der er nævnt i beslutningens betragtning 9 og 10, har haft for vedtagelsen af den anfægtede beslutning, og de har kritiseret Kommissionen for ikke at have meddelt dem disse skrivelser.

117 Delstaten har gjort gældende, at den blotte mulighed for en negativ påvirkning af proceduren er tilstrækkelig til, at tilsidesættelsen af retten til kontradiktion må føre til, at beslutningen annulleres (Domstolens dom af 14.2.1990, sag C-301/87, Frankrig mod Kommissionen, »Boussac«-dommen, Sml. I, s. 307, præmis 31, og generaladvokat Jacobs forslag til afgørelse i sagen, Sml. I, s. 328, punkt 24). Kun denne fortolkning tilgodeser den fundamentale betydning af princippet om retten til kontradiktion, da enhver interesseret part i proceduren skal høres om alle væsentlige spørgsmål og skal kunne forsvare sig på bedst mulig måde.

118 Kommissionen har, støttet af BdB, bestridt sagsøgernes argumentation og har for det første gjort gældende, at de ikke havde ret til at blive hørt i statsstøtteproceduren, for det andet, at de i den foreliggende sag har været inddraget i proceduren på passende måde, og for det tredje, at Kommissionen, såfremt den havde haft kendskab til eventuelle bemærkninger fra sagsøgerne eller Forbundsrepublikken Tyskland til First Consultings rapport og BdB's skrivelser, ikke ville have truffet en anden beslutning end den anfægtede.

B — *Rettens bemærkninger*

119 Indledningsvis skal der i medfør af procesreglementets artikel 49 og 65 tages stilling til begæringen om, at Peter Fleischer og Gerhard Knoke, der deltog i mødet den 10. november 1998, indkaldes som vidner med hensyn til spørgsmålet,

om direktør i GD IV, Martin Power, under dette møde gav sagsøgerne og Forbundsrepublikken Tyskland tilsagn om, at de kunne få aktindsigt i First Consultings rapport før afslutningen af den administrative procedure.

120 Retten finder, at en afhøring af disse vidner ikke vil have afgørende betydning for den legalitetskontrol, som Fællesskabets retsinstanser skal udføre, da det for at afgøre, om sagsøgernes eller Forbundsrepublikken Tysklands rettigheder eventuelt er blevet tilsidesat, ikke er relevant, om Martin Power gav dem tilsagn om aktindsigt i dette dokument, men derimod, om Kommissionen var forpligtet til at give dem aktindsigt (jf. analogt den retspraksis, der er nævnt ovenfor i præmis 92).

121 Ifølge fast retspraksis er retten til forsvar i enhver procedure, som indledes over for en person, og som kan udmunde i en akt, der indeholder et klagepunkt mod denne, et grundlæggende fællesskabsretligt princip, der skal sikres overholdt, selv i mangel af særlige bestemmelser vedrørende den pågældende procedure. Ifølge dette princip skal den pågældende person allerede under den administrative procedure sættes i stand til på hensigtsmæssig måde at tilkendegive sit synspunkt vedrørende de omstændigheder og klagepunkter, som Kommissionen har fremført (Rettens dom af 30.3.2000, sag T-65/96, Kish Glass mod Kommissionen, Sml. II, s. 1885, præmis 32).

122 Der indledes imidlertid kun en administrativ procedure vedrørende statsstøtte over for den pågældende medlemsstat. De virksomheder, der har modtaget støtte, og de lokale eller regionale enheder under statsligt niveau, som har ydet støtten, som sagsøgerne, betragtes, ligesom støttemodtagernes konkurrenter, alene som »interesserede parter« i denne procedure (jf. i denne retning dommen i sagen Acciaierie di Bolzano mod Kommissionen, præmis 42).

123 Det er endvidere fast retspraksis, at Kommissionen i undersøgelsesfasen i henhold til artikel 88, stk. 2, EF er forpligtet til at give de interesserede parter en frist til at fremsætte deres bemærkninger (Domstolens dom af 19.5.1993, sag C-198/91, Cook mod Kommissionen, Sml. I, s. 2487, præmis 22, af 15.6.1993, sag C-225/91, Matra mod Kommissionen, Sml. I, s. 3203, præmis 16, og af 2.4.1998, sag C-367/95 P, Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, Sml. I, s. 1719, præmis 59).

124 Med hensyn til denne forpligtelse har Domstolen udtalt, at offentliggørelse af en meddelelse i EF-Tidende er et egnet middel til at gøre alle de interesserede parter bekendt med, at der er indledt en procedure (Domstolens dom af 14.11.1984, sag 323/82, Intermills mod Kommissionen, Sml. s. 3809, præmis 17), idet den har præciseret, at formålet med denne meddelelse »alene [er] at fremskaffe alle oplysninger fra de pågældende, som kan klarlægge forholdene for Kommissionen med henblik på, hvad denne videre skal foretage sig« (Domstolens dom af 12.7.1973, sag 70/72, Kommissionen mod Tyskland, Sml. s. 813, præmis 19, og Rettens dom af 22.10.1996, sag T-266/94, Skibsværftsforeningen m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 1399, præmis 256).

125 Denne retspraksis tildeler i det væsentlige de interesserede parter den rolle at tjene som oplysningskilder for Kommissionen under den administrative procedure, der er indledt i medfør af artikel 88, stk. 2, EF. Det følger heraf, at de interesserede parter på ingen måde kan påberåbe sig den ret til kontradiktion, som tilkommer de personer, over for hvilke der er indledt en undersøgelse, men at de kun har ret til at blive inddraget i den administrative procedure, i det omfang det må anses for formålstjenligt under hensyn til sagens konkrete omstændigheder (dommen i de forenede sager British Airways m.fl. og British Midland Airways mod Kommissionen, præmis 59 og 60).

126 I den foreliggende sag har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat deres og Forbundsrepublikken Tysklands ret til at blive hørt, dels fordi den har nægtet dem aktindsigt i First Consultings rapport, i BdB's to skrivelser og i professor Schulte-Mattlers responsum, der var vedlagt en af disse skrivelser, dels fordi den i sin beslutning har lagt en forrentningssats efter skat til grund uden forinden at have givet meddelelse herom.

127 Hvad angår sagsøgerne bemærkes, at de, på trods af, at deres ret til at deltage og at opnå information, som nævnt ovenfor, er begrænset, dog på en hensigtsmæssig måde har haft mulighed for at tilkendegive deres synspunkter vedrørende de omstændigheder og klagepunkter, som Kommissionen har fremført vedrørende den omtvistede transaktion.

128 Det fremgår klart af de oplysninger om sagsøgernes direkte og indirekte deltagelse i den administrative procedure, som Retten er i besiddelse af, at de har haft mulighed for at udtale sig vedrørende de omstændigheder og klagepunkter, som Kommissionen har fremført i den anfægtede beslutning.

129 I denne henseende bemærkes navnlig, at sagsøgerne har haft mulighed for dels at drøfte forskellige aspekter af sagen under en række møder med Kommissionens repræsentanter, dels at fremlægge dokumenter for Kommissionen til støtte for deres synspunkter. F.eks. har WestLB med hensyn til den passende godtgørelse for den omtvistede transaktion forelagt Kommissionen en sagkyndig udtalelse fra en investeringsbank, som den havde overdraget at undersøge godtgørelsen. På denne baggrund kan sagsøgerne så meget desto mere ikke gives medhold i, at nægtelsen af at give dem aktindsigt i de pågældende dokumenter eller valget af den godtgørelsessats, der er blevet lagt til grund, har forhindret dem i på passende måde at deltage i den administrative procedure i et omfang, der er afpasset efter omstændighederne i den foreliggende sag.

130 Dette bekræftes af, at den anfægtede beslutning behandler og ofte henviser til sagsøgernes argumenter. Det bekræftes endvidere af, at heller ikke Forbundsrepublikken Tysklands ret til at blive hørt er blevet tilsidesat i den foreliggende sag, hvilket der vil blive redegjort for i det følgende.

131 Under disse omstændigheder skal det her omhandlede anbringende, for så vidt som det vedrører den hævdede tilsidesættelse af sagsøgernes ret til at blive hørt, forkastes.

132 Det skal dog bemærkes, at de interesserede parters begrænsede rettigheder ikke påvirker Kommissionens forpligtelse i henhold til artikel 253 EF til i tilstrækkeligt omfang at begrunde sin endelige beslutning (dommen i de forenede sager British Airways m.fl. og British Midland Airways mod Kommissionen, præmis 64 og 94).

133 Anbringendet om tilsidesættelse af Forbundsrepublikken Tysklands ret til at blive hørt vil blive behandlet i det følgende i forbindelse med gennemgangen af, om Kommissionen har overholdt væsentlige formforskrifter.

III — *Det tredje anbringende om, at beslutningen er behæftet med væsentlige formelle mangler*

134 Sagsøgerne har gjort gældende, at den anfægtede beslutning er behæftet med væsentlige formelle mangler i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 230, stk. 2, EF. I den forbindelse vil Rettens gennemgang blive delt op i tre led. Det første vedrører Forbundsrepublikken Tysklands ret til at blive hørt, det andet vedrører de påståede fejlagtige konstateringer om faktiske omstændigheder, og det tredje vedrører den påståede tilsidesættelse af neutralitetsprincippet.

A — *Første led: Forbundsrepublikken Tysklands ret til at blive hørt*

1. Parternes argumenter

135 Sagsøgerne og Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, at Forbundsrepublikken Tysklands ret til at blive hørt er blevet tilsidesat, fordi Forbunds-

republikken er blevet nægtet aktindsigt i First Consultings rapport og BdB's skrivelser. Parterne har i den forbindelse fremført de argumenter, som fremgår ovenfor af præmis 106, 107, 110, 113, 114, 116 og 117. WestLB har anført, at afslaget på aktindsigt i First Consultings rapport er i strid med artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 659/1999, hvorefter de bemærkninger, som Kommissionen har modtaget fra de interesserede parter efter offentliggørelsen i EF-Tidende af beslutningen om at indlede proceduren, skal videregives til den pågældende medlemsstat. Denne bestemmelse må fortolkes således, at medlemsstaten skal have mulighed for at tage stilling til alle de oplysninger, der er afgørende for vedtagelsen af den endelige beslutning. WestLB er af den opfattelse, at den som støttemodtager har et selvstændigt krav på, at Kommissionen følger den procedure, der er fastsat i forordning nr. 659/1999, da en korrekt gennemførelse af statsstøtteproceduren også er i den berørte virksomheds interesse. Det kan ikke udelukkes, at Kommissionen på grundlag af oplysninger fra Forbundsrepublikken Tysklands regering ville have opdaget fejl og truffet en anden beslutning end den, som den til sidst vedtog.

136 Forbundsrepublikken Tyskland har under henvisning til Domstolens kendelse af 8. februar 2000 (sag C-376/99, Tyskland mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser), hvorved en sag, som Tyskland havde anlagt ved Domstolen til prøvelse af en beslutning, blev udsat i henhold til artikel 54, stk. 3, i statutten for Domstolen, gjort gældende, at der skal træffes afgørelse om dens ret til at blive hørt inden for rammerne af den foreliggende sag for Retten. Kun på denne betingelse rejser den foreliggende sag de samme fortolkningsspørgsmål i den nævnte bestemmelses forstand som sagen for Domstolen.

137 Kommissionen har, støttet af BdB, gjort gældende, at sagsøgerne kun kan påberåbe sig en tilsidesættelse af deres egne processuelle rettigheder, og at den undtagelse vedrørende tilsidesættelse af tvingende formforskrifter, som Retten opstillede i sin dom af 19. juni 1997 (sag T-260/94, Air Inter mod Kommissionen, Sml. II, s. 997), ikke finder anvendelse i den foreliggende sag, da en sådan tilsidesættelse ikke er godtgjort.

138 Kommissionen har endvidere bestridt, at Forbundsrepublikken Tyskland i den foreliggende sag kan gøre sin ret til at blive hørt gældende ved i den forbindelse at

påberåbe sig artikel 40, stk. 4, i statutten for Domstolen, artikel 116, stk. 3, i Rettens procesreglement, Domstolens dom af 8. juli 1999 (sag C-245/92 P, Chemie Linz mod Kommissionen, Sml. I, s. 4643) og den af Domstolens præsident afsagte kendelse af 18. november 1999 i sag C-329/99 P(R) (Pfizer Animal Health mod Rådet, Sml. I, s. 8343).

2. Rettens bemærkninger

139 Retten skal indledningsvis behandle spørgsmålet, om sagsøgerne og Forbundsrepublikken Tyskland i den foreliggende sag for Retten har ret til at påberåbe sig denne medlemsstats ret til at blive hørt.

140 Med hensyn til sagsøgernes ret til at gøre Forbundsrepublikken Tysklands ret til at blive hørt gældende bemærkes for det første, at der alene indledes en administrativ undersøgelsesprocedure vedrørende statsstøtte over for den pågældende medlemsstat, og at adressaterne for de beslutninger, som Kommissionen vedtager som afslutning på denne procedure, er de berørte medlemsstater (dommen i sagen Kommissionen mod Sytraval og Brink's France, præmis 45). I henhold til artikel 88, stk. 2, EF er den berørte medlemsstat endvidere ansvarlig for gennemførelsen af Kommissionens eventuelle beslutning om ophævelse eller ændring af den pågældende statsstøtte.

141 Under disse omstændigheder og i betragtning af den centrale rolle, den berørte medlemsstat har i den pågældende procedure, bemærkes, at høring af denne stat i samme procedure udgør en væsentlig formforskrift, hvis tilsidesættelse medfører, at kommissionsbeslutninger, der ophæver eller ændrer en støtte, er ugyldige (jf.

analogt Domstolens domme af 7.5.1991, sag C-291/89, Interhotel mod Kommissionen, Sml. I, s. 2257, præmis 17, og sag C-304/89, Oliveira mod Kommissionen, Sml. I, s. 2283, præmis 21, og dommen i sagen Air Inter mod Kommissionen, præmis 80).

142 Følgelig har den virksomhed, der har modtaget støtten, og den lokale eller regionale enhed under statsligt niveau, der har tildelt støtten, en legitim interesse i at gøre en sådan mangel ved Kommissionens beslutning gældende, når en eventuel manglende overholdelse af medlemsstatens ret til at blive hørt kan have haft betydning for den anfægtede beslutnings lovlighed (jf. analogt dommen i sagen Oliveira mod Kommissionen, præmis 17).

143 Under alle omstændigheder bemærkes, at det fremgår af retspraksis, at Fællesskabets retsinstanser af egen drift kan efterprøve, om der foreligger væsentlige formelle mangler (jf. Domstolens domme af 21.12.1954, sag 1/54, Frankrig mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 1, org.ref.: Rec. s. 7, og sag 2/54, Italien mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 5, org.ref.: Rec. s. 73, og dom af 20.3.1959, sag 18/57, Nold mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 131, org.ref.: Rec. s. 89, dommen i sagen Interhotel mod Kommissionen, præmis 14, og dommen i sagen Oliveira mod Kommissionen, præmis 18).

144 Med hensyn til Forbundsrepublikken Tysklands mulighed for i den foreliggende sag at påberåbe sig sin egen ret til at blive hørt, må det for det andet konstateres, at der ikke findes nogen bestemmelse i fællesskabsretten eller nogen retsafgørelse, der er til hinder herfor.

145 Derimod er artikel 37, stk. 4, i statutten for Domstolen ifølge fast retspraksis ikke til hinder for, at en intervenient påberåber sig andre argumenter end dem, der er fremført af den part, der støttes, forudsat at intervenienten støtter den pågældende parts påstand (Domstolens dom af 23.2.1961, sag 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 211, org.ref.: Rec. s. 1, af 19.11.1998, sag C-150/94, Det Forenede

Kongerige mod Rådet, Sml. I, s. 7235, præmis 36, og af 8.7.1999, sag C-200/92 P, ICI mod Kommissionen, Sml. I, s. 4399, præmis 31, 32, 33, 37 og 38). I den foreliggende sag er det imidlertid klart, at Forbundsrepublikken Tyskland ikke har nedlagt andre påstande end sagsøgerne. Med hensyn til det her omhandlede spørgsmål har sagsøgerne og Forbundsrepublikken Tyskland endvidere fremført nøjagtigt det samme argument, dvs. at Tysklands ret til at blive hørt er blevet tilsidesat.

146 Kommissionens argumenter i denne forbindelse er uden relevans. Bortset fra den allerede nævnte artikel 37, stk. 4, i statutten for Domstolen bestemmer artikel 116, stk. 3, i Rettens procesreglement kun, at »[i]ntervenienten indtræder i sagen, som den foreligger ved hans intervention«. Desuden er der i dommen i sagen Chemie Linz mod Kommissionen sket en anvendelse af den faste retspraksis, hvorefter intervenienten kan støtte en sagsøgers påstande med andre argumenter end denne, men ikke må nedlægge påstande, der ikke er i overensstemmelse med sagsøgerens påstande (jf. endvidere dommen af 8.7.1999 i sagen ICI mod Kommissionen, præmis 22-33). Endelig udtales det i kendelsen i sagen Pfizer Animal Health mod Rådet (præmis 92-97) kun, at selv om intervenienten under en sag vedrørende en begæring om udsættelse af gennemførelsen af en retsakt kan gøre sine interesser gældende, kan intervenienten ikke udvide sagens genstand ved at gøre krav på en selvstændig ret til foreløbig retsbeskyttelse til egen fordel.

147 Det må således anerkendes, at sagsøgerne og Forbundsrepublikken Tyskland i den foreliggende sag har ret til at gøre gældende, at der foreligger en tilsidesættelse af medlemsstatens ret til at blive hørt i form af en tilsidesættelse af en væsentlig formforskrift under den anfægtede administrative procedure.

148 Med hensyn til relevansen af dette anbringende bemærkes, som nævnt ovenfor i præmis 121, at retten til kontradiktion under en hvilken som helst procedure, som indledes over for en person, og som kan føre til en retsakt, der indeholder et klagepunkt mod denne, udgør et grundlæggende fællesskabsretligt princip, der skal overholdes, selv hvor der ikke foreligger særlige regler for den pågældende

procedure. Princippet kræver, at den person, som Kommissionen har indledt en administrativ procedure imod, under proceduren skal være sat i stand til på hensigtsmæssig måde at tilkendegive sine synspunkter vedrørende de omstændigheder og klagepunkter, som Kommissionen har fremført.

149 I den foreliggende sag har sagsøgerne og Forbundsrepublikken Tyskland gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat medlemsstatens ret til at blive hørt, dels ved at give den tyske regering afslag på aktindsigt i First Consultings rapport, to skrivelser fra BdB og professor Schulte-Mattlers responsum, der var vedlagt en af disse skrivelser, dels ved, at den i sin beslutning har lagt en forrentningssats efter skat til grund, der er meget højere end den sats, der kunne forventes i henhold til BdB's klage, som udløste proceduren, og i henhold til udkastet til beslutning om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure, hvori der nævntes en sats før skat.

150 Det skal derfor undersøges, om afslaget på at give Forbundsrepublikken Tyskland aktindsigt i disse dokumenter og valget af en forrentningssats efter skat har forhindret Forbundsrepublikken Tyskland i — til støtte for sin påstand om, at der i forbindelse med den anfægtede beslutning er sket en tilsidesættelse af fællesskabsretten — på hensigtsmæssig måde at tilkendegive sine synspunkter vedrørende de omstændigheder og klagepunkter, som Kommissionen har fremført.

151 Med hensyn til de nævnte dokumenter bemærkes, at First Consultings rapport blev udarbejdet på et tidspunkt, hvor den administrative procedure næsten var afsluttet. Den indeholder et resumé af og kommentarer til de forskellige parters synspunkter, og Kommissionen har på flere væsentlige punkter fraveget de synspunkter, som fremgik af rapporten. Skrivelsen af 30. oktober 1998 fra BdB besvarer spørgsmål, som Kommissionen havde stillet under det bilaterale møde med BdB, der fandt sted den 16. september 1998, og tager stilling til visse aspekter af en sagkyndig rapport, der var forelagt af WestLB.

152 BdB's skrivelse af 14. januar 1999 angår et spørgsmål, der blev drøftet på det multilaterale ekspertmøde den 10. november 1998, og den indeholder professor Schulte-Mattlers responsum som bilag. I samme skrivelse behandles meget kortfattet visse punkter vedrørende undersøgelsen af den anfægtede transaktion, og der anmodes på ny om, at der træffes en beslutning. Professor Schulte-Mattlers responsum gennemgår spørgsmålet vedrørende forrentningen af egenkapitalen inden for rammerne af undersøgelsen af den omtvistede transaktion.

153 Betydningen af, at der blev givet aktindsigt i disse dokumenter, skal behandles på baggrund af hele den ovenfor i præmis 23 og 25-28 beskrevne administrative procedure. Allerede før den procedure, der er fastsat i artikel 88, stk. 2, EF, blev indledt, havde Kommissionen imidlertid anmodet de tyske myndigheder om at meddele den oplysninger, og Kommissionens repræsentanter havde en række møder med de tyske myndigheders repræsentanter. I beslutningen om at indlede proceduren forklaredes herudover detaljeret Kommissionens foreløbige undersøgelse af den anfægtede transaktion, navnlig med hensyn til den passende godtgørelse for kapitalen fra WfA, og det blev foreløbig konkluderet, at transaktionen »formentlig indeholder støtteelementer i henhold til artikel 87, stk. 1, EF« (beslutningen om at indlede proceduren, punkt 11). Efter at proceduren var blevet indledt, sendte Kommissionen de bemærkninger, som de interesserede parter havde fremsat over for den, til den tyske regering, og regeringen fremsatte sine bemærkninger hertil. De tyske myndigheder blev endvidere indbudt til og deltog i et multilateralt møde, der fandt sted den 10. november 1998 med henblik på at drøfte forskellige aspekter af den omtvistede transaktion. Herefter anmodede Kommissionen endnu en gang den tyske regering om yderligere oplysninger, som den også modtog.

154 Alle disse kontakter mellem de tyske myndigheder og Kommissionen vedrørte flere forskellige aspekter af den omtvistede transaktion, herunder de spørgsmål, der i det væsentligste omhandles i de dokumenter, som er beskrevet ovenfor i præmis 151 og 152. Dette bekræftes af den detaljerede gennemgang af den tyske regerings standpunkter, også med hensyn til disse spørgsmål, i den anfægtede beslutning.

155 Med hensyn til anvendelsen af en forrentningssats efter skat i den anfægtede beslutning bemærkes indledningsvis, at beslutningen om at indlede proceduren nævner en forrentning efter skat og også med henvisning til denne type forrentning nævner, at »det i betragtning af den indtægt, som en investor, der disponerer ud fra markedsøkonomiske betingelser, sædvanligvis forventer af en kapitalinvestering, [er] yderst tvivlsomt, om en sådan investor havde accepteret en fast godtgørelse på 0,6% af den kapital, der var investeret i WestLB«, og det præciseres, at »[o]gså uden allerede nu at fastsætte et endeligt sammenlignings-kriterium kan det fastslås, at denne værdi ligger betydeligt under det, som en investor, der opererer under normale markedsøkonomiske vilkår, ville have forlangt for en lignende investering« (punkt 7.2).

156 Som Kommissionen med rette har anført, er hverken BdB's klage eller udkastet til beslutning om at indlede den formelle undersøgelsesprocedure retsakter, der kan afføde retligt relevante forventninger, som Kommissionen skulle tage i betragtning ved udarbejdelsen af den endelige beslutning. Endelig har Forbundsrepublikken Tyskland rent faktisk kunnet fremsætte bemærkninger med hensyn til den passende forrentning i forbindelse med den omtvistede transaktion, og den kan ikke støtte en tilsidesættelse af sin ret til at blive hørt alene på det forhold, at den ikke før vedtagelsen af den anfægtede beslutning var bekendt med den type forrentningssats, der blev anvendt i den anfægtede beslutning.

157 Artikel 6, stk. 2, i forordning nr. 659/1999 er heller ikke blevet tilsidesat, da de bemærkninger fra de interesserede parter, som Kommissionen i den foreliggende sag har modtaget efter offentliggørelsen i EF-Tidende af beslutningen om at indlede proceduren, rent faktisk er blevet videregivet til den tyske regering af Kommissionen, og de dokumenter, som sagsøgerne har nævnt til støtte for deres anbringende, er blevet fremsendt til Kommissionen på et senere tidspunkt under den administrative procedure. Som det er beskrevet ovenfor i præmis 151 og 152, indeholdt disse dokumenter i øvrigt i det væsentligste kun yderligere udredninger med hensyn til eller præciseringer af synspunkter, som parterne i den administrative procedure allerede havde givet udtryk for.

158 Det følger heraf, at Forbundsrepublikken Tyskland på hensigtsmæssig måde har haft mulighed for at tilkendegive sine synspunkter vedrørende de omstændigheder og klagepunkter, som Kommissionen har fremført til støtte for sin påstand om, at fællesskabsretten, som fastslået i den anfægtede beslutning, er blevet tilsidesat.

159 Det følger heraf, at den anfægtede beslutning ikke er retsstridig som følge af en tilsidesættelse af en væsentlig formforskrift, fordi Forbundsrepublikken Tysklands ret til at blive hørt ikke er blevet iagttaget. Der kan derfor ikke gives sagsøgerne og Forbundsrepublikken Tyskland medhold i dette anbringende.

B — *Andet led: fejlagtige konstateringer om faktiske omstændigheder*

1. Parternes argumenter

160 Delstaten har gjort gældende, at Kommissionens beskrivelse af de faktiske omstændigheder i den anfægtede beslutning på visse punkter er ufuldstændig eller fejlagtig. Den finder for det første, at Kommissionens udtalelser i den anfægtede beslutnings betragtning 13 ff. er ufuldstændige med hensyn til det tyske banksystems struktur, WestLB's opgaver og funktioner samt de offentligretlige opgaver, som WestLB skal udføre. For det andet indeholder den anfægtede beslutning fejlagtige konstateringer om faktiske omstændigheder, hvis betydning har været afgørende for den urigtige bedømmelse, der er foretaget i den foreliggende sag. Delstaten har bestridt, at WestLB er en virksomhed, der har behov for saneringsforanstaltninger, at indlemmelsen af WfA i WestLB ikke kan omgøres, og at overdragelsen af WfA's aktiver var den eneste måde, hvorpå WestLB kunne opfylde de nye solvenskrav uden at nedbringe de risikovægtede aktiver.

161 Kommissionen har benægtet, at den ville have foretaget en anden retlig bedømmelse end den, der er indeholdt i den anfægtede beslutning, såfremt den i beslutningen havde taget hensyn til delstatens oplysninger. Med hensyn til de påståede fejlagtige konstateringer om faktiske omstændigheder har Kommissionen bestridt, at den i den anfægtede beslutning har hævdet, at WestLB-sagen vedrører en sag om sanering. Den har forklaret, hvorfor det er rigtigt at anføre, at delstaten i det mindste delvis mister sin ret til at råde over WfA-aktiverne, og har fastholdt, at integreringen af WfA-aktiverne var WestLB's eneste mulighed for at opfylde de nye solvenskriterier uden at nedbringe de risikovægtede aktiver.

2. Rettens bemærkninger

162 For så vidt som det i forbindelse med anbringendet hævdes, at der er anført en fejlagtig begrundelse vedrørende faktiske omstændigheder, bemærkes, at det fremgår af retspraksis (Domstolens dom af 20.10.1987, sag 119/86, Spanien mod Rådet og Kommissionen, Sml. s. 4121, præmis 51, og Rettens dom af 21.1.1999, forenede sager T-129/95, T-2/96 og T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke og Lech-Stahlwerke mod Kommissionen, Sml. II, s. 17, præmis 160), at selv om en betragtning i en omtvistet retsakt indeholder en materielt urigtig oplysning, kan denne formmangel dog ikke begrunde en annullation af retsakten, hvis retsaktens øvrige betragtninger indeholder en selvstændigt fyldestgørende begrundelse. Spørgsmålet om den anfægtede beslutnings begrundelse vil blive behandlet nedenfor i forbindelse med gennemgangen af det femte anbringende.

163 I det omfang der i forbindelse med anbringendet fremføres en kritik af redegørelsen for de faktiske omstændigheder, som anvendelsen af den markedsøkonomiske investors princip støttes på, bemærkes for det første, at delstaten ikke har godtgjort, i hvilket omfang Kommissionens påståede fejlagtige redegørelse for de faktiske omstændigheder har medført, at Kommissionen har foretaget en fejlagtig retlig eller økonomisk bedømmelse af den anfægtede transaktion, og for det andet, at dette spørgsmål henhører under behandlingen af sagens realitet, der vil blive foretaget nedenfor i forbindelse med gennemgangen af det sjette anbringende (jf. navnlig nedenfor i præmis 336, 350 og 351, 405 og 419).

C — *Tredje led: tilsidesættelse af neutralitetsprincippet*

1. Parternes argumenter

164 Delstaten har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat sin forpligtelse til at være upartisk, idet den har begunstiget BdB under proceduren og har beskrevet de faktiske omstændigheder på en tendentiøs måde. Kommissionen har tilsidesat denne forpligtelse ved, at den, ud over at anmode de tyske myndigheder om at fremlægge dokumenter, kun har anmodet BdB herom, og ved, at den har foreholdt de andre interesserede parter BdB's dokumenter. Hvad angår den tendentiøse beskrivelse af de faktiske omstændigheder har delstaten navnlig anfægtet, at WestLB i den anfægtede beslutning er blevet ligestillet med en uafhængig, forretningsmæssigt drevet bank.

2. Rettens bemærkninger

165 Med hensyn til den hævdede tendentiøse beskrivelse af faktiske omstændigheder vedrører dette anbringende alene fejlagtige konstateringer om faktiske omstændigheder, og dette punkt er blevet behandlet i forbindelse med det andet led af nærværende anbringende.

166 Argumentet om, at Kommissionen ikke har videregivet visse dokumenter fra BdB, vedrører alene et anbringende om tilsidesættelse af retten til kontradiktion, som er gennemgået og forkastet ovenfor, henholdsvis et anbringende om tilsidesættelse af begrundelsespligten, der vil blive behandlet i det følgende i forbindelse med gennemgangen af det femte anbringende.

167 Med hensyn til forpligtelsen til at være upartisk er det rigtigt, at Kommissionen er forpligtet til at behandle en sag omhyggeligt og upartisk, herunder en sag inden for rammerne af artikel 88 EF. Denne forpligtelse svarer til retten til en god forvaltning, der henhører under de almindelige retsstatsprincipper, der er fælles for medlemsstaternes forfatningstraditioner (jf. i den retning Rettens dom af 30.1.2002, sag T-54/99, max.mobil mod Kommissionen, Sml. II, s. 313, præmis 48 og 49 og de deri nævnte afgørelser).

168 I den foreliggende sag kan anbringendet om, at der er sket en tilsidesættelse af forpligtelsen til at være upartisk, ikke tages til følge. Kommissionen har således ikke begunstiget BdB under den administrative procedure. For det første har den gentagne gange anmodet Forbundsrepublikken Tyskland om oplysninger, og for det andet har sagsøgerne ikke været forhindret i at fremlægge dokumenter og fremkomme med bemærkninger, idet de tværtimod havde mulighed for at fremlægge og begrunde deres synspunkter. Endvidere er en administrativ procedure vedrørende statsstøtte ikke en kontradiktorisk procedure for sagsøgernes vedkommende.

169 Herefter skal det første og det tredje led i det foreliggende anbringende forkastes. Det andet led vil blive behandlet i det følgende i forbindelse med gennemgangen af det femte og det sjette anbringende.

IV — *Det fjerde anbringende om tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF og artikel 295 EF med hensyn til fortolkningen af begrebet statsstøtte*

170 Sagsøgerne har gjort gældende, at der ved den anfægtede beslutning er sket en tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF og artikel 295 EF, fordi begrebet statsstøtte er blevet fortolket fejlagtigt i beslutningen.

171 Med det første led af dette anbringende har delstaten gjort gældende, at den omtvistede transaktion ikke udgør en støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler, i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 87, stk. 1, EF. Med det andet led har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen med urette har udvidet statsstøttebegrebet, idet den har anvendt den markedsøkonomiske investors princip på en rentabel virksomhed og har fortolket princippet således, at der skal kræves mindst en gennemsnitlig forrentning i den pågældende sektor af kapital tilført af en offentlig investor.

A — *Første led: spørgsmålet, om der er tale om statsmidler*

1. Parternes argumenter

172 Delstaten har gjort gældende, at den omtvistede transaktion ikke udgør en støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler, i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 87, stk. 1, EF. Den har anført, at der ikke er tale om statsmidler, når en stat indskyder kapital i en virksomhed, der til stadighed er overskudsgivende, og kapitalindskuddet udelukkende sker med erhvervsmæssige formål, og staten derved ikke handler på en måde, der falder uden for rollen som ejer eller erhvervsdrivende. Transaktionen fandt sted, fordi WfA-aktiverne derved — fra delstatens synsvinkel som erhvervsdrivende — erhvervsmæssigt set kunne anvendes på den mest fornuftige måde.

173 Påvisningen af, at der foreligger en støtte, der er tildelt ved hjælp af statsmidler, må gå forud for spørgsmålet, om der følger en begunstigelse af denne foranstaltning.

174 Delstaten har, støttet af Forbundsrepublikken Tyskland, gjort gældende, at bedømmelsen af, om en kapitaltilførsel udgør en støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler, kun kan foretages ved en sammenligning med transaktioner foretaget af en investor under normale markedsøkonomiske betingelser, og derfor alene ud fra dennes synspunkt. Imidlertid har Kommissionen i sin beslutning indskrænket sig til at konstatere, at virksomheden er blevet begunstiget, idet den fejlagtigt har stillet som betingelse, at en erhvervsmæssig kapitaltilførsel fra offentlige myndigheder altid skal være ledsaget af en passende modydelse.

175 I denne forbindelse har delstaten anført, at Kommissionens opfattelse, hvorefter der skal være sikkerhed for en passende godtgørelse, er fremmed for hovedindholdet af en erhvervsmæssig kapitaltilførsel. Ved en sådan tilførsel foreligger der intet gensidigt bebyrdende forhold og ingen »godtgørelse«, der skal fastsættes på en bestemt måde. Investoren påregner alene, at den begunstigede virksomhed ved hjælp af denne kapital vil give overskud, der så kommer investor til gode. I mellemtiden udgør forøgelsen af virksomhedens værdi en væsentlig del af afkastet til investoren for dennes kapitaltilførsel. Det er netop kendetegnende for en erhvervsmæssig kapitaltilførsel, at midlerne udsættes for visse risici, og at godtgørelsen ikke kan sikres.

176 Hertil har Kommissionen svaret, at statslige midler forbliver statslige midler, selv hvis de anvendes inden for rammerne af en »erhvervsmæssige aktivitet«, der udøves af staten. En tilførsel af statsmidler kan ikke anses for ikke at være støtte, blot fordi den er foretaget inden for rammerne af statens erhvervsmæssige aktivitet, men kun såfremt staten sikrer sig en passende godtgørelse for tilførslen. Det skal derfor kontrolleres, at staten, når den gør brug af finansielle midler, handler på samme måde som en privat erhvervsdrivende i en tilsvarende situation.

177 Kommissionen har gjort gældende, at dens fremgangsmåde med henblik på at afgøre, om der er tale om statsstøtte, ikke har udelukket den markedsøkonomiske

investors synsvinkel, selv om der også er blevet taget hensyn til den begunstigede virksomheds og dennes konkurrenters synspunkter. I modsætning til, hvad delstaten og Forbundsrepublikken Tyskland har gjort gældende, er denne fremgangsmåde hverken i strid med Kommissionens egen beslutningspraksis eller med retspraksis (Rettens dom af 14.12.2000, sag T-613/97, Ufex m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 4055, præmis 69).

2. Rettens bemærkninger

178 Det bemærkes indledningsvis, at artikel 87, stk. 1, EF bestemmer, at statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler under enhver tænkelig form, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, er uforenelig med fællesmarkedet i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

179 Betingelsen for at anse fordele for en støtte i artikel 87, stk. 1, EF's forstand er for det første, at disse ydes direkte eller indirekte ved hjælp af statsmidler, og for det andet, at de kan tilregnes staten (Domstolens dom af 16.5.2002, sag C-482/99, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4397, præmis 24 og de deri nævnte afgørelser).

180 Denne bestemmelse sondrer imidlertid ikke mellem grundene til eller formålene med de statslige interventioner, men definerer dem i kraft af deres virkninger (jf. Domstolens dom af 26.9.1996, sag C-241/94, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 4551, præmis 19 og 20). Begrebet støtte er altså et objektivt begreb, ved hvis afgrænsning det alene har betydning, om en statslig foranstaltning giver en eller nogle virksomheder en fordel (Rettens dom af 27.1.1998, sag T-67/94, Ladbroke Racing mod Kommissionen, Sml. II, s. 1, præmis 52, og af 10.5.2000, sag T-46/97, SIC mod Kommissionen, Sml. II, s. 2125, præmis 78).

181 Delstatens argument går i det væsentlige ud på, at statsmidler ikke længere har karakter af statsmidler, såfremt de anvendes på den økonomisk mest fordelagtige måde. Som Kommissionen har fremhævet, ophører midlerne dog ikke med at være statsmidler, blot fordi en privat investor ville have anvendt dem på samme måde. Spørgsmålet, om staten har handlet erhvervsmæssigt, henhører under afgørelsen af, om der foreligger statsstøtte, og ikke under undersøgelsen af, om de pågældende midler er offentlige eller ikke.

182 Det står i den foreliggende sag fast, at WfA var en offentligretlig institution, der var udstyret med offentlige midler, og at den eneste indehaver af indskudskapitalen var delstaten. WfA's kapital blev integreret i WestLB's kapital ved en af delstatens landdag vedtaget lov. Derfor indebærer den omtvistede transaktion, at statsmidler stilles til rådighed.

183 Det følger heraf, at det her omhandlede led af det fjerde anbringende skal forkastes.

B — *Andet led: ulovlig udvidelse af statsstøttebegrebet*

184 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen retsstridigt har udvidet statsstøttebegrebet, for det første fordi den har tilsidesat artikel 295 EF, for det andet fordi den har anvendt den markedsøkonomiske investors princip på en rentabel virksomhed, og for det tredje fordi den har fortolket dette princip således, at der for kapital tilført af en offentlig investor skal kræves mindst en gennemsnitlig forrentning i den pågældende sektor.

1. Tilsidesættelse af artikel 295 EF

a) Parternes argumenter

185 Sagsøgerne har gjort gældende, at artikel 295 EF udgør en kompetencebegrænsning til fordel for medlemsstaterne, og at Fællesskabets konkurrenceret og medlemsstaternes beføjelse til selvstændigt at fastlægge deres ejendomsretlige ordninger skal bringes i overensstemmelse med hinanden. Medlemsstaternes frihed, der følger af artikel 295 EF, må ganske vist ikke benyttes til, at de unddrager sig andre forpligtelser i henhold til EF-traktaten, men bestemmelserne i EF-traktaten må ikke fortolkes så vidt, at artikel 295 EF's beskyttelsesområde begrænses i et sådant omfang, at medlemsstaterne praktisk taget ikke længere har noget råderum til at drive offentlige virksomheder eller til at blive ved med at være indehavere af kapitalandele i disse. Artikel 295 EF opstiller således forudsætningsvis grænser for statsstøttebegrebet i henhold til artikel 87, stk. 1, EF.

186 Delstaten har anført, at det er umuligt at sondre klart mellem offentlige virksomheders offentlige og private aktivitetsområder, og har gjort gældende, at staten som investor eller erhvervsdrivende i henhold til artikel 295 EF også kan lade sig lede af andre overvejelser end rene afkasthensyn, navnlig af overvejelser af strategisk eller langsigtet karakter, herunder styrkelse eller udvidelse af en eksisterende ejerandel eller frembringelse af synergier.

187 Kommissionen har anført, at forholdet mellem artikel 295 EF og de fællesskabsretlige bestemmelser om statsstøtte reguleres af artikel 86 EF. Generelt kan de af medlemsstaternes handlinger, der beskyttes ved artikel 295 EF, kun undtages fra anvendelsen af artikel 87 EF, såfremt betingelserne i artikel 86, stk. 2, EF er opfyldt. Er betingelserne ikke opfyldt, fører anvendelsen af bestemmelserne

vedrørende statsstøtte ikke til et indgreb i artikel 295 EF's hovedindhold, da anvendelsen af disse bestemmelser ikke forhindrer staten i at fortsætte med at lede offentligretlige virksomheder eller i at have kapitalandele i sådanne virksomheder.

188 Det forhold, at den offentlige virksomhed også varetager offentlige opgaver, har ikke nogen særlig betydning for beregningen af en passende godtgørelse for investeringen, da varetagelsen af sådanne opgaver tilstrækkeligt og udtømmende er beskyttet ved artikel 86, stk. 2, EF.

189 De kommercielle overvejelser, der ligger til grund for en finansiel foranstaltning fra statens side, herunder overvejelser af strategisk eller langsigtet karakter, nyder ingen særlig beskyttelse i henhold til artikel 295 EF. De skal alene tages i betragtning ved bedømmelsen af, om kapitaltilførslen er sket i henhold til de normale markedsvilkår.

b) Rettens bemærkninger

190 Artikel 295 EF bestemmer:

»De ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne berøres ikke af denne traktat.«

191 Artikel 86 EF bestemmer:

»1. Medlemsstaterne afstår, for så vidt angår offentlige virksomheder og virksomheder, som de indrømmer særlige eller eksklusive rettigheder, fra at træffe eller opretholde foranstaltninger, som er i strid med denne traktats bestemmelser, navnlig de i artiklerne 12 og 81-89 nævnte.

2. Virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, er underkastet denne traktats bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, i det omfang anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Udviklingen af samhandelen må ikke påvirkes i et sådant omfang, at det strider mod Fællesskabets interesse.

[...]«

192 Det fremgår af Domstolens praksis, at selv om de ejendomsretlige ordninger i henhold til artikel 295 EF fortsat henhører under hver enkelt medlemsstats kompetence, fører denne artikel ikke til, at eksisterende ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne ikke er omfattet af traktatens grundlæggende principper (jf. Domstolens dom af 6.11.1984, sag 182/83, Fearon, Sml. s. 3677, præmis 7, af 7.6.1999, sag C-302/97, Konle, Sml. I, s. 3099, præmis 38, og af 4.6.2002, sag C-367/98, Kommissionen mod Portugal, Sml. I, s. 4756, præmis 48).

193 I henhold til artikel 86, stk. 1, EF finder traktatens konkurrenceregler, som er grundlæggende bestemmelser, derfor anvendelse på offentlige og private virksomheder, uden at der foretages en sondring mellem disse (Rettens dom af 13.6.2000, forenede sager T-204/97 og T-270/97, EPAC mod Kommissionen Sml. II, s. 2267, præmis 122).

194 Det kan derfor ikke antages, at artikel 295 EF begrænser statsstøttebegrebet i henhold til artikel 87, stk. 1, EF.

195 Endvidere medfører denne anvendelse af konkurrencereglerne på virksomheder, uafhængigt af den ejendomsordning, som gælder for dem — i modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende — ikke, at artikel 295 EF's beskyttelsesområde begrænses, og at medlemsstaterne praktisk taget ikke længere har noget råderum til at drive offentlige virksomheder, til fortsat at have kapitalandele i disse eller til at tage hensyn til andre overvejelser end rene afkasthensyn.

196 Selv hvis man antog, at de interesser, som denne argumentation vedrører, kunne være til hinder for anvendelsen af konkurrencereglerne, må det konstateres, at der er taget hensyn til dem ved artikel 86, stk. 2, EF, idet det heri bestemmes, at virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, eller som har karakter af fiskale monopoler, kan undtages fra anvendelsen af konkurrencereglerne, såfremt disse regler retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet disse virksomheder.

197 I den foreliggende sag har sagsøgerne ikke gjort gældende, at de betingelser, der er fastsat i artikel 86, stk. 2, EF for at undtage WestLB fra anvendelsen af konkurrencereglerne, er opfyldt.

198 Endelig bemærkes, at delstatens argument om, at staten som investor eller erhvervsdrivende kan lade sig lede af andre overvejelser end rene afkasthensyn på kort sigt, ikke skal behandles i lyset af artikel 295 EF, men inden for rammerne af delstatens adfærd ud fra en markedsøkonomisk investors synsvinkel.

199 Det følger heraf, at argumentet om, at artikel 295 EF er tilsidesat, må forkastes.

2. Anvendelse af den markedsøkonomiske investors princip på en rentabel virksomhed

a) Parternes argumenter

200 Sagsøgerne har anført, at Kommissionen med urette har anvendt den markedsøkonomiske investors princip på en rentabel virksomhed. WestLB har i mange år været overskudsgivende og forventes også at være det i fremtiden. WestLB har gjort gældende, at princippet, som det er blevet anvendt i forbindelse med statsforanstaltninger med henblik på at sanere virksomheder, ikke udifferentieret kan overføres på foranstaltninger vedrørende rentable virksomheder. Spørgsmålet om den langfristede rentabilitet mister sin betydning, hvis en virksomhed allerede har bevist sin økonomiske levedygtighed ved regelmæssigt at udbetale udbytte. Desuden er der meget større risiko ved at investere i en virksomhed, der ikke længere er levedygtig, end i en sund virksomhed, hvilket betyder, at en markedsøkonomisk investors forventninger til afkastet er forskellige alt efter, hvilken situation investor befinder sig i.

201 Sagsøgerne har anført, at den markedsøkonomiske investors princip kun er blevet anvendt af Kommissionen og godkendt af Domstolen i forbindelse med virksomheder under omstrukturering. Efter delstatens opfattelse er den af BdB i denne forbindelse citerede retspraksis ikke relevant. Det påhviler Kommissionen ved efterprøvelsen af en bestemt adfærd at godtgøre, at ingen markedsøkonomisk investor ville have handlet på en sådan måde, idet bevisbyrden ellers vendes om.

Til støtte for sin argumentation har delstaten påberåbt sig punkt 2 og 16 i Kommissionens meddelelse af 1993 og præmis 20 i Domstolens dom af 21. marts 1991, sag 305/89, Italien mod Kommissionen, »Alfa Romeo« (Sml. I, s. 1603). Ifølge delstaten er artikel 295 EF til hinder for en positiv kontrol af de offentlige myndigheder, hvorefter det kræves, at de godtgør, at enhver markedsøkonomisk investor ville have handlet på samme måde.

202 Kommissionen har bestridt sagsøgernes argumenter og har henvist til, at det drejer sig om at afgøre, om statens kapitaltilførsel til en offentlig virksomhed skal betragtes som en »normal« erhvervsmæssig transaktion, eller om staten handler på en måde, der falder uden for dens rolle som erhvervsdrivende. Hvis staten tilfører en offentlig virksomhed kapital på betingelser, der ikke svarer til markedsvilkårene, handler den ikke som erhvervsdrivende, men begunstiger denne offentlige virksomhed på en måde, der giver den en fordel i forhold til dens konkurrenter, der kun kan få tilført ny kapital på markedsvilkår. Denne fordel er statsstøtteretligt relevant uafhængigt af den offentlige virksomheds eventuelle overskud.

203 Kommissionen har gjort gældende, at såfremt princippet ikke skulle anvendes på overskudsgivende virksomheder, ville det have til følge, at staten uden nogen som helst kontrol kunne stille ubegrænsede økonomiske midler til rådighed for sine ikke tabsgivende virksomheder uden passende modydelse, hvilket ville fremkalde konkurrencefordrejninger i strid med artikel 87, stk. 1, EF.

204 Under alle omstændigheder medgiver Kommissionen, at kravene til dens godtgørelse af forholdene, når den anvender princippet på overskudsgivende virksomheder, er strengere, end når den anvender det på tabsgivende virksomheder eller virksomheder, der har behov for en omstrukturering.

205 Kommissionen medgiver endvidere, at den markedsøkonomiske investors princip i Kommissionens og Domstolens hidtidige praksis navnlig er blevet anvendt i

tilfælde, hvor en stat har tilført kapital til tabsgivende virksomheder eller virksomheder, der har haft behov for en omstrukturering. Dette udelukker dog ikke, at den kan anvende princippet på overskudsgivende virksomheder, hvilket allerede er blevet udtalt af både Kommissionen og Domstolen.

b) Rettens bemærkninger

206 Som anført ovenfor i præmis 178, har artikel 87, stk. 1, EF til formål at forhindre, at samhandelen mellem medlemsstaterne påvirkes af fordele indrømmet af de offentlige myndigheder, som på forskellige måder fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner.

207 Med henblik på at bedømme, om en statslig foranstaltning udgør støtte, skal det altså fastlægges, om den virksomhed, foranstaltningen er rettet til, opnår en økonomisk fordel, som den ikke ville have opnået under normale markedsvilkår (Domstolens dom af 11.7.1996, sag C-39/94, SFEI m.fl., Sml. I, s. 3547, præmis 60, af 29.4.1999, sag C-342/96, Spanien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2459, præmis 41, af 29.6.1999, sag C-256/97, DM Transport, Sml. I, s. 3913, præmis 22, og dommen i sagen SIC mod Kommissionen, præmis 78).

208 Spørgsmålet, om den virksomhed, der har modtaget støtten, er rentabel eller ikke, er principielt ikke i sig selv afgørende for at fastslå, om der foreligger en sådan fordel. Spørgsmålet skal derimod tages i betragtning ved afgørelsen af, om den offentlige investor har handlet som en markedsøkonomisk investor, eller om den begunstigede virksomhed har fået en økonomisk fordel, som den ikke ville have fået under normale markedsvilkår.

209 Desuden er sagsøgernes argument om, at der i Kommissionens og Domstolens praksis kun er truffet afgørelse om anvendelse af den markedsøkonomiske investors princip på virksomheder under omstrukturering, ikke korrekt, og dette argument kan ikke føre til, at der rejses tvivl om den anfægtede beslutnings retmæssighed.

210 Hvad angår Domstolens praksis bemærkes, at den — bortset fra, at Domstolen aldrig udtrykkeligt har begrænset anvendelsen af princippet til tabsgivende virksomheder — ofte har anvendt formuleringer vedrørende statsstøttebegrebet, der ikke udelukker, men derimod forudsætter, at den markedsøkonomiske investors princip anvendes på rentable virksomheder (jf. i denne forbindelse, ud over den praksis, der er nævnt ovenfor i præmis 207, Domstolens dom af 15.3.1994, sag C-387/92, Banco Exterior de España, Sml.I, s. 877, præmis 13, og dommen i sagen SFEI m.fl., præmis 58-62).

211 Med hensyn til Kommissionens praksis bemærkes, at Kommissionen i punkt 22 i sin meddelelse fra 1993 har anført, at fællesskabsretten om statsstøtte skal anvendes »på offentlige virksomheder i alle situationer og ikke alene i de situationer, hvor de er tabsgivende, således som det hidtil har været tilfældet«. Det argument, som sagsøgerne har udledt af samme meddelelses punkt 2 og 16, kan derfor ikke føre til, at den markedsøkonomiske investors princip ikke kan bringes i anvendelse på rentable virksomheder.

212 Som BdB desuden har anført, tog Kommissionen i meddelelse 98/365 vedrørende SFMI-Chronopost stilling til, om de omhandlede transaktioner var i overensstemmelse med den markedsøkonomiske investors princip, selv om de virksomheder, der var blevet begunstiget ved de pågældende foranstaltninger, havde givet overskud i henhold til deres regnskaber.

213 Endelig bemærkes, at selv hvis anvendelsen af den markedsøkonomiske investors princip på rentable virksomheder måtte være en videreudvikling af den hidtidige normale kommissionspraksis og af Fællesskabets retsinstansers praksis, kan der ikke stilles spørgsmålstegn ved retsgrundlaget herfor. Anvendelsen er ikke i strid med nogen fællesskabsretlig bestemmelse, men er, som det er forklaret ovenfor, fuldstændig i overensstemmelse med de af traktatens regler, der finder anvendelse på dette område.

214 Følgelig skal sagsøgernes argument om, at den anfægtede beslutning er retsstridig, fordi den anvender den markedsøkonomiske investors princip på en rentabel virksomhed, forkastes.

3. Krav om en gennemsnitlig forrentning i den pågældende sektor af kapital tilført af en offentlig investor

a) Parternes argumenter

215 Sagsøgerne har gjort gældende, at det krav, som Kommissionen i den anfægtede beslutning har stillet om en mindsteforrentning svarende til den gennemsnitlige forrentning i den pågældende sektor af kapital tilført af en offentlige investor, for det første er uforeneligt med artikel 87, stk. 1, EF, navnlig fordi det ikke tager højde for indehavervirkningen, for det andet er i strid med Kommissionens meddelelse fra 1993, Kommissionens hidtidige praksis og Domstolens praksis, og for det tredje er i strid med artikel 295 EF.

i) Spørgsmålet, om kravet om en gennemsnitlig forrentning er uforeneligt med artikel 87, stk. 1, EF

216 Sagsøgerne har gjort gældende, at Kommissionen med urette alene har støttet sig på en gennemsnitlig forrentning for at fastsætte en passende forrentning af den tilførte kapital, og at den derfor har fundet, at en investor, der disponerer ud fra markedsøkonomiske betragtninger, udelukkende er interesseret i en optimal forrentning. Herved overser Kommissionen, at der findes private investorer, der forfølger andre mål, der er forbundet med virksomhedsstrategiske, sociale, kulturelle eller andre overvejelser. Sagsøgerne har desuden gjort gældende, at anvendelsen af den gennemsnitlige forrentning på retsstridig måde forhindrer, at der foretages en vurdering af de særlige omstændigheder i sagen med hensyn til investoren, virksomheden og den omtvistede transaktion, og at dette forhindrer en sammenligning af denne transaktion med andre virksomheders adfærd i en tilsvarende situation. Delstaten har gjort gældende, at Kommissionen har misbrugt den skønsbeføjelse, som den er tillagt i økonomisk komplekse sager, idet den, uden at tage hensyn til, om virksomhederne kan sammenlignes, har lagt den gennemsnitlige forrentning til grund som sammenligningskriterium. Det er meget vanskeligt at fastsætte en gennemsnitlig forrentning i banksektoren, da der er forskelle mellem kreditinstitutterne.

217 WestLB har anført, at Kommissionen har udviklet et fejlagtigt billede af den private investor. En investor, der følger et rentabilitetsprincip, anvender også risikospredning og fordeler sin kapital på markedet. En sådan investor foretager også investeringer, som ligger på et gennemsnitligt eller lavere niveau på forrentningsskalaen, og som derfor er forbundet med en mindre risiko. Staten får derfor en passende modydelse for sin investering, hvis den for sin investering får en forrentning svarende til den risiko, den påtager sig, inden for den spændvidde, der kan observeres på markedet.

218 Delstaten har anført, at der findes adskillige virksomheder, der år efter år giver mindre overskud end konkurrenterne, uden at dette fører til, at de bliver fortrængt fra markedet, men alene fører til en lavere forrentning af den tilførte kapital. Det tilkommer investorerne at tage stilling hertil.

219 Ifølge sagsøgerne kan Kommissionen ikke hævde, at den alene har anvendt kriteriet om den gennemsnitlige forrentning som en »basisværdi«. Kommissionen kan heller ikke antage, at der er tale om statsstøtte, uden at den har godtgjort, at ingen privat investor i en tilsvarende situation ville have indskudt kapital på betingelser, som i den anfægtede transaktion. Dette betyder i den foreliggende sag, at Kommissionen skulle godtgøre, at delstatens forventning til forretningen lå klart under den margen, inden for hvilken en privat investor i samme situation ville have stillet kapital til rådighed. Efter delstatens opfattelse kan kun denne margens nedre grænse, men ikke dens gennemsnit, til nød betragtes som minimumsværdi.

220 WestLB har ligeledes anført, at kravet om en gennemsnitlig forrentning fører til en monopolisering på markedet, der er i strid med formålene med Fællesskabets konkurrenceret. Såfremt investorer kun investerede i virksomheder, der mindst gav en gennemsnitlig forrentning, ville enhver kapitaltilførsel til sådanne virksomheder føre til en yderligere forhøjelse af den gennemsnitlige forrentning i den pågældende sektor. Med hver forhøjelse af den gennemsnitlige forrentning bliver antallet af virksomheder, der stadig er i stand til at tilbyde denne forrentning, og som stadig kan få tilført kapital, mindre. Ved en sådan konstant forhøjelse af den gennemsnitlige forrentning vil til slut kun en enkelt virksomhed overleve.

221 Under alle omstændigheder har delstaten anført, at den på intet tidspunkt har tilført kapital uden helt eller delvist at få en passende forrentning herfor. Den er derimod WestLB's vigtigste indehaver og har fået udbetalt udbytte, mens bankens overskud er steget med tilførslen af WfA-kapitalen, og endelig har delstaten modtaget den aftalte godtgørelse på 0,6% af overskuddet. Desuden var investeringen praktisk set næsten ikke forbundet med omkostninger for delstaten, og den får et overskud ved investeringen, som den ikke ville have opnået på anden måde. Enhver privat investor i en tilsvarende situation ville have handlet på samme måde.

222 WestLB og Forbundsrepublikken Tyskland har endvidere kritiseret Kommissionen for, at den i den anfægtede beslutning ikke har indregnet indehavervirk-

ningen, dvs. den virkning, der opstår ved, at en investor, der allerede er indehaver af en kapitalandel i en virksomhed, hvori han ønsker at investere, ved tilførsel af ny kapital forøger værdien af den oprindelige kapital. Denne virkning fører ofte til, at investorer, der allerede har investeret i en virksomhed, tilfører denne yderligere kapital, selv om virksomhedens kapitalforrentning på investeringstidspunktet ligger under gennemsnittet.

223 Delstaten har navnlig tilføjet, at hvis en investor er indehaver af størstedelen af en virksomhed, må man gå ud fra, at der består en langfristet interesse i at investere og ikke blot en interesse i en kortfristet avance.

224 Tages der højde for indehavervirkningen, er det endvidere muligt at sondre mellem støtte og kapitaltilførsel, der ikke er støtte. Når en virksomheds værdi, som følge af en kapitaltilførsel, ud fra en potentiel købers synsvinkel stiger med mindst kapitaltilførslens værdi, ville en investor, der disponerer ud fra markedsøkonomiske betragtninger, også have foretaget denne kapitaltilførsel, i hvert fald såfremt han var indehaver af virksomheden. Såfremt virksomhedens værdi ved tilførslen stiger med et beløb, der er lavere end kapitaltilførslens værdi, er der tale om støtte. Forbundsrepublikken Tyskland har tilføjet, at det er uden betydning for beregningen, at delstaten ikke er den eneste indehaver af WestLB. Den har endvidere kritiseret Kommissionen for, at den ikke har foretaget denne beregning.

225 Til BdB's bemærkninger i den forbindelse har sagsøgerne anført, at indehavervirkningen ikke kun gælder for bestemte ejere, men for enhver kapitaltilførsel til virksomheder, hvori investoren allerede har kapitalinteresser.

226 Endelig har WestLB anført, at der i en dynamisk økonomi konstant opstår nye lukrative investeringsmuligheder med en forrentning, der er højere end for-

rentningen på kapitalmarkedet set i forhold til risikoen. Ejeren af en bank, der på grund af de strengere egenkapitalbestemmelser står over for at skulle vælge mellem at tilføre ny egenkapital udefra eller ikke at være i stand til at yde sine kunder de samme kreditter som tidligere, hører til dem, der kan opnå en overskydende forrentning i forhold til disse nye investeringsmuligheder.

227 Kommissionen har anfægtet sagsøgernes argumentation og har gjort gældende, at den gennemsnitlige forrentning ikke udgør afslutningen på undersøgelsen af, om der er tale om statsstøtte, men en basisværdi, ud fra hvilken der foretages en konkret vurdering af andre kendetegn ved investeringen med henblik på at fastlægge en »passende godtgørelse«. Kommissionen har gjort gældende, at den i den foreliggende sag har foretaget denne konkrete vurdering, og at den har taget hensyn til de særlige kendetegn ved den omtvistede transaktion. Dette fremgår f.eks. af det fradrag, den har foretaget for ulemper i forbindelse med kapitalens manglende likviditet (betragtning 202-205 til den anfægtede beslutning), eller af tillægget for andre særlige kendetegn som størrelsen af WfA-kapitalen i forhold til WestLB's øvrige ansvarlige egenkapital (betragtning 220 og 221).

228 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at den ikke skulle tage hensyn til indehavervirkningen, i hvert fald ikke på den måde, som WestLB og Forbundsrepublikken har formuleret det. En sådan tilgangsvinkel tager ikke hensyn til de øvrige investeringsmuligheder uden for virksomheden, som enhver investor ville undersøge i betragtning af den absolutte og relative værdi af investeringen i forbindelse med den omtvistede transaktion. Det forhold, at en offentlig myndighed har kapitalinteresser i en bestemt virksomhed, er ikke tilstrækkeligt til, at man automatisk kan anse enhver ny kapitaltilførsel for at være i overensstemmelse med de markedsøkonomiske principper. En investor, der disponerer ud fra markedsøkonomiske betragtninger, vil i hvert fald vide, om han kan forvente en passende forrentning af sin samlede investering, der er sammensat af allerede investerede midler og nye kapitaltilførsler.

ii) Spørgsmålet, om den anfægtede beslutning er i modstrid med Kommissionens meddelelse fra 1993, Kommissionens hidtidige praksis og retspraksis

229 Sagsøgerne og Forbundsrepublikken Tyskland har for det første gjort gældende, at kravet om en gennemsnitlig forrentning er i strid med den skønsmargen, der er tilkendt den offentlige investor i punkt 27-29 i Kommissionens meddelelse fra 1993. Med hensyn til Kommissionens argument om, at denne skønsmargen frem for alt gælder, når den fremtidige forrentning er variabel — f.eks. når egenkapitaltilførsel godtgøres i form af udbytter og værdistigninger — har Forbundsrepublikken Tyskland gjort gældende, at dette synspunkt ikke er i overensstemmelse med skønsmargenen for en investor, der disponerer ud fra markedsøkonomiske betragtninger, idet en sådan investor på dette marked — selv på området for fastforrentede investeringer — finder en række forskellige forrentninger.

230 WestLB har for det andet nævnt en række kommissionsbeslutninger, hvoraf den udleder, at Kommissionen for at nå frem til, at der ikke foreligger statsstøtte, hovedsagelig henviser til, at den virksomhed, der har modtaget kapitaltilførslen, på lang sigt er rentabel (jf. bl.a. Kommissionens beslutning 96/278/EF af 31.1.1996 om kapitalrekonstruktion af selskabet Iberia (EFT L 104, s. 25) og Kommissionens beslutning vedrørende virksomheden Duferco Clabecq, der er gengivet i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* af 22.1.1998 (EFT C 20, s. 3)).

231 For det tredje har WestLB anført, at kravet om en gennemsnitlig forrentning som mindsteforrentning ikke er forenelig med Domstolens retspraksis, hvori det allerede er anerkendt, at en investering ikke udgør en støtte, når statslige foranstaltninger kan gøre det muligt at sikre virksomheden en rentabilitet på lang sigt. WestLB har navnlig fremhævet den praksis, hvori Domstolen har anerkendt, at også andre formål end rentabiliteten kan danne grundlag for en privat investering, f.eks. en samlet eller sektorbestemt strukturpolitik, der er ledet af langsigtede rentabilitetsudsigter (Alfa Romeo-dommen, præmis 20), eller ønsket om at bevare et image eller omlægge sin virksomhed (Domstolens dom af 21.3.1991, sag C-303/88, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 1433, præmis 21), eller lokaliseringsovervejelser som dem, der er nævnt af generaladvokat van

Gerven i punkt 14 i hans forslag til afgørelse i forbindelse med sidstnævnte dom (Sml. I, s. 1451), hvori der henvises til, at et større privat holdingselskab ikke kan se fuldstændig bort fra beskæftigelsen og den økonomiske udvikling i den region, hvori det driver virksomhed. WestLB har således gjort gældende, at der også lå lokaliseringsovervejelser til grund for den anfægtede transaktion, og at en stærk delstatsbank er en vigtig faktor for de offentlige delstatsvirksomheders økonomi og image.

232 Delstaten har tilføjet, at det i henhold til Domstolens praksis skal vurderes, om en investor på tilsvarende størrelse under lignende omstændigheder ville have tilført kapitalen på de givne betingelser (dom af 10.7.1986, sag 40/85, Belgien mod Kommissionen, præmis 13). Domstolen har for nylig i samme retning udtalt, at en offentlig enheds adfærd klart skal adskille sig fra en privat investors adfærd i en tilsvarende situation for at blive kvalificeret som statsstøtte (DM Transport-dommen).

233 Kommissionen har, støttet af BdB, bestridt, at der er uoverensstemmelse mellem den anfægtede beslutning og Kommissionens meddelelse fra 1993, da medlemsstaternes skønsmargen er blevet bevaret i relation til egenkapitaltilførsel. Kommissionen har endvidere gjort gældende, at denne skønsmargen ikke kan omfatte de beslutninger, der — som det er tilfældet med den omtvistede transaktion — klart ikke er blevet truffet i henhold til markedsvilkårene. Medlemsstaterne har navnlig denne skønsmargen, når den fremtidige forrentning, som ved egenkapitaltilførsler, hvor afkastet opnås i form af udbytter og værdistigninger, afhænger af virksomhedens faktiske økonomiske resultater.

iii) Spørgsmålet, om artikel 295 EF er tilsidesat på grund af kravet om en gennemsnitlig forrentning

234 Sagsøgerne har for det første gjort gældende, at kravet om en mindsteforrentning i form af en gennemsnitlig forrentning forskelsbehandler offentlige virksomheder

i forhold til private virksomheder og offentlige myndigheder, som investorer, i forhold til private investorer.

235 I modsætning til Domstolens praksis, hvori det udtrykkeligt er anerkendt, at offentlige og private virksomheders aktiviteter kan forfølge fundamentalt forskellige formål (Domstolens dom af 6.7.1982, forenede sager 188/80-190/80, Frankrig m.fl. mod Kommissionen, Sml. 2545, præmis 21, vedrørende Kommissionens direktiv 80/723/EØF af 25. juni 1980 om gennemskueligheden af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne og de offentlige virksomheder (EFT L 195, s. 35)), lader Kommissionen sig udelukkende lede af et rentabilitetsprincip, som den udifferentieret vil anvende på både offentlige og private virksomheder. Desuden forhindrer indførelsen af kriteriet om en gennemsnitlig forrentning, der afhænger af hele den pågældende sektor, de offentlige virksomheder i at forfølge andre mål, herunder opgaver af almindelig interesse, der i henhold til artikel 86, stk. 2, EF er undtaget fra statsstøttekontrol.

236 WestLB har endvidere gjort gældende, at Kommissionens tilgangsvinkel i betydeligt omfang indskrænker offentlige myndigheders investeringsfrihed i forhold til private investorers. Hvor en privat investor er fuldt ud berettiget til at investere i virksomheder med en rentabilitet, der er lavere end gennemsnittet, kan de offentlige myndigheder kun investere i virksomheder, der mindst opnår en gennemsnitlig forrentning. Kommissionens tilgangsvinkel fører altså til, at private investorer kan foretage deres investeringer ud fra et bredere spektrum af hensyn end de offentlige myndigheder. Delstaten har fremhævet, at både offentlige og private investorers beslutninger om at foretage investeringer ikke blot er ledet af forventninger til forrentningen, men også af andre overvejelser som strategiske formål, herunder forbedring eller styrkelse af eksisterende kapitalinteresser.

237 For det andet har WestLB gjort gældende, at kravet om en gennemsnitlig forrentning for offentlige virksomheder fører til en indirekte privatiseringstvang.

For offentlige virksomheder, der har en rentabilitet under gennemsnittet, vil det i modsætning til private virksomheder, der har samme rentabilitet, være umuligt at dække behovet for yderligere kapital. Medlemsstaterne presses således til at privatisere disse virksomheder for at forhindre, at de forsvinder fra markedet.

238 Kommissionen har, støttet af BdB, ligeledes anfægtet sagsøgernes argument om, at kravet om en gennemsnitlig forrentning tilsidesætter artikel 295 EF. Den har for det første bestridt argumentet om, at anvendelsen af den gennemsnitlige forrentning med henblik på at beregne en »passende godtgørelse« medfører en forskelsbehandling af offentlige virksomheder og offentlige myndigheder som investorer.

239 Anvendelsen af kriteriet om den gennemsnitlige forrentning forhindrer ikke de offentlige virksomheder i at varetage deres offentlige opgaver.

240 Hvad angår de offentlige myndigheder indskrænkes statens investeringsfrihed ikke i forhold til private investorers investeringsfrihed, investeringerne skal blot vurderes i lyset af de gældende betingelser på det omhandlede marked, når de vedrører den del af en offentlig virksomhed, der er underlagt konkurrence.

241 Med hensyn til offentlige og private investorers sammenlignelige erhvervsmæssige interesser har Kommissionen anført, at anvendelsen af kriteriet om den gennemsnitlige forrentning ikke medfører nogen forskelsbehandling. Selv hvis en offentlig investors investering er påvirket af strategiske eller langfristede overvejelser, forventer den offentlige investor, ligesom enhver privat investor, til

syvende og sidst en passende forretning. Desuden undersøger en sådan investor ikke alene, om den pågældende virksomhed er rentabel, men også, om forrentningen svarer til markedets sædvanlige sats. Anvendelsen af de samme kriterier på en offentlig investor udgør således ikke en forskelsbehandling, men afspejler alene anvendelsen af den markedsøkonomiske investors princip.

242 For det andet anfægter Kommissionen argumentet om, at den korrekte anvendelse af kriteriet om den gennemsnitlige forrentning fører til en forpligtelse til privatisering. Dels finder denne forrentning kun anvendelse på en offentlig virksomheds konkurrenceprægede aktiviteter som referenceværdi, og dels beskyttes de offentlige virksomheder — som en del af den offentlige sektor — særligt ved artikel 86, stk. 2, EF. Der er ikke pligt til privatisering, men en pligt til at forholde sig i overensstemmelse med markedet på det erhvervsmæssige område, der er underlagt konkurrence.

b) Rettens bemærkninger

243 Som det er anført ovenfor i præmis 206 og 207, har artikel 87, stk. 1, EF til formål at forhindre, at samhandelen mellem medlemsstaterne påvirkes af fordele, som indrømmes af offentlige myndigheder, som på forskellige måder fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner. For at kunne vurdere, om en statslig foranstaltning udgør en støtte, skal det derfor undersøges, om den begunstigede virksomhed opnår en økonomisk fordel, som den ikke ville have fået under normale markedsvilkår.

244 Ifølge fast retspraksis kan offentlige myndigheders kapitaltilførsler til virksomheder, uafhængigt af formen, udgøre en statsstøtte, når betingelserne i artikel 87 EF er opfyldt.

245 For at afgøre, om en sådan kapitaltilførsel har karakter af en statsstøtte, skal det vurderes, om en privat investor, som handler under normale markedsøkonomiske betingelser (herefter en »privat investor«), og som er af en størrelse, der kan sammenlignes med den offentlige sektors forvaltningsorganer, under tilsvarende omstændigheder kunne være foranlediget til at foretage den omhandlede kapitaltilførsel (Domstolens dom af 21.3.1990, sag C-142/87, Belgien mod Kommissionen, Sml. I, s. 959, præmis 29, og Alfa Romeo-dommen, præmis 18 og 19). Navnlig må det undersøges, om en privat investor ville have gennemført transaktionen på de samme vilkår, og hvis dette ikke er tilfældet, må det undersøges, på hvilke vilkår transaktionen kunne være gennemført (Rettens dom af 30.4.1998, sag T-16/96, Cityflyer Express mod Kommissionen, Sml. II, s. 757, præmis 51).

246 Endelig skal en offentlig og en privat investors adfærd sammenlignes under hensyn til den holdning, en privat investor ville have indtaget i forbindelse med den pågældende transaktion på grundlag af de foreliggende oplysninger og udsigterne på dette tidspunkt (dommen i sagen Cityflyer Express mod Kommissionen, præmis 76).

247 I forbindelse med det foreliggende anbringende skal det i denne sag indledningsvis fremhæves, at spørgsmålet er, om Kommissionen i almindelighed har kompetence til at anvende den gennemsnitlige forrentnings værdi i den pågældende sektor som analyseredskab med henblik på at fastlægge en privat investors adfærd.

248 Spørgsmålet, om princippet om den private investor i den foreliggende sag, navnlig med hensyn til den konkrete fastsættelse af den gennemsnitlige forrentningssats, som Kommissionen har lagt til grund, er anvendt uretmæssigt, hører derimod under behandlingen af det femte anbringende, der vil blive gennemgået i det følgende.

249 Sagsøgerne har for det første i det væsentligste gjort gældende, at anvendelsen af den gennemsnitlige forrentning er i strid med artikel 87, stk. 1, EF. De har kritiseret Kommissionen for, at den alene har støttet sig på en gennemsnitlig forrentning for at fastlægge en passende godtgørelse for den omtvistede transaktion, idet den ikke har taget hensyn til alle de særlige omstændigheder i sagen, da den er gået ud fra, at en privat investor kun er interesseret i en optimal forrentning, og den ikke har taget hensyn til indehavervirkningen.

250 Indledningsvis bemærkes, at den gennemsnitlige forrentning kun er et analyseredskab, der anvendes inden for rammerne af anvendelsen af artikel 87, stk. 1, EF.

251 Den gennemsnitlige forrentning kan derfor for det første ikke være et automatisk kriterium ved afgørelsen af, om og i hvilket omfang der er tale om statsstøtte. Den fritager ikke Kommissionen fra dens forpligtelse til at foretage en fuldstændig gennemgang af alle de væsentlige elementer i den omtvistede transaktion og af dens sammenhæng, herunder af den begunstigede virksomheds situation og det pågældende marked, for at efterprøve, om den begunstigede virksomhed opnår en økonomisk fordel, som den ikke ville have opnået under normale markedsvilkår.

252 For det andet er anvendelsen af den gennemsnitlige forrentning som analyseredskab underlagt alle de fællesskabsretlige bestemmelser om statsstøtte. F.eks. fritager anvendelsen af den gennemsnitlige forrentning ikke Kommissionen fra sin forpligtelse til at tage hensyn til den mulighed, at den pågældende støtte eventuelt opfylder undtagelsesbetingelserne for at være tilladt, jf. artikel 86, stk. 2, EF.

253 Den påvirker heller ikke Kommissionens forpligtelse i henhold til artikel 253 EF til i tilstrækkeligt omfang at begrunde sin endelige beslutning vedrørende spørgsmålet, om og i hvilket omfang der er tale om statsstøtte.

254 På disse betingelser kan anvendelsen af den gennemsnitlige forrentning i den pågældende sektor som et blandt flere analyseredskaber være berettiget inden for rammerne af anvendelsen af den private investors princip for at fastslå, om og i givet fald i hvilket omfang den begunstigede virksomhed opnår en økonomisk fordel, som den ikke ville have opnået under normale markedsvilkår.

255 En privat investors adfærd under markedsøkonomiske vilkår er ledet af rentabilitetsudsigter (Rettens dom af 12.12.2000, sag T-296/97, Alitalia mod Kommissionen, Sml. II, s. 3871, præmis 84). Ved anvendelsen af den gennemsnitlige forrentning skal det således lægges til grund, at en opmærksom privat investor — dvs. en investor, der ønsker at maksimere sin fortjeneste, uden dog at løbe en for stor risiko i forhold til de andre deltagere på markedet — ved beregningen af en passende godtgørelse, der kan forventes for hans investering, principielt vil kræve en mindsteforrentning svarende til det gennemsnitlige afkast i den pågældende sektor.

256 I den foreliggende sag anvendes den gennemsnitlige forrentning inden for rammerne af anvendelsen af den private investors princip på en rentabel virksomhed. For at beregne, om der er tale om støtte, og størrelsen af denne støtte, var det endvidere nødvendigt for Kommissionen at anvende en referenceværdi ved sammenligningen af den omtvistede transaktion med en privat investors adfærd.

257 Med hensyn til argumenterne om, at en privat investor ikke udelukkende er interesseret i en optimering af forrentningen af sine investeringer, og at

Kommissionen ikke har taget hensyn til indehavervirkningen, skal det atter bemærkes, at anvendelsen af den gennemsnitlige forrentning ikke fritager Kommissionen for sin forpligtelse til at undersøge alle de relevante elementer i den omtvistede transaktion og dens sammenhæng. Dette spørgsmål vil blive behandlet i de følgende i forbindelse med gennemgangen af anvendelsen af den private investors princip i den foreliggende sag.

258 Der foreligger altså ikke en tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF derved, at Kommissionen — i forbindelse med, at den har taget hensyn til alle de relevante elementer i den foreliggende sag — har anvendt en minimal forrentning svarende til den gennemsnitlige forrentning i den pågældende sektor som analyseredskab.

259 Sagsøgerne har for det andet gjort gældende, at den anfægtede beslutning er i strid med Kommissionens meddelelse fra 1993, Kommissionens hidtidige praksis og retspraksis.

260 Med hensyn til den nævnte meddelelses punkt 27 bemærkes, at Kommissionen deri anerkender, at der skal overlades investoren en skønsmargen til at foretage en risikoanalyse af investeringen, men at Kommissionen også anfører, at denne vurdering stiller krav til de offentlige virksomheder, ligesom til private virksomheder, med hensyn til at analysere projektet sandsynlige resultat. I punkt 29 gentager den, at »forretningsmæssige investeringsbeslutninger må finde sted med en vid margin i bedømmelsen«, men lader denne opfattelse indgå i en mere generel gennemgang for at afgøre, om der foreligger statsstøtte eller ikke, hvilket heller ikke støtter sagsøgernes argument.

261 Som Kommissionen har anført, kan der desuden sondres mellem vurderingen af projektets sandsynlige forrentning, hvor den offentlige investor har en vis

skønsmargen, og den gennemgang, som denne investor foretager for at fastslå, om forrentningen er tilstrækkelig til at foretage den pågældende investering, hvor skønsmargenen er mindre, da den pågældende transaktion kan sammenlignes med andre muligheder for anbringelse af den kapital, der skal investeres.

262 Med hensyn til den påståede uoverensstemmelse mellem kravet om en gennemsnitlig forrentning og både Kommissionens praksis og retspraksis — idet det hævdes, at hverken Kommissionen eller Fællesskabets retsinstanser hidtil har krævet en sådan forrentning for at afgøre, om der er tale om statsstøtte eller ikke — bemærkes, at denne praksis eller retspraksis i hvert fald heller ikke har udelukket muligheden for at stille et sådant krav. Retspraksis vedrørende begrebet statsstøtte giver derimod udtryk for et materielt kriterium, der omfatter muligheden for at anvende den gennemsnitlige forrentning ved anvendelsen af den private investors princip (jf. de i præmis 207 nævnte afgørelser, f.eks. Banco Exterior de España-dommen, præmis 13, og dommen i sagen SFEI m.fl., præmis 58-62).

263 Endelig bemærkes, at selv hvis anvendelsen af den gennemsnitlige forrentning ved anvendelsen af dette princip måtte være en videreudvikling af Kommissionens hidtidige praksis og Fællesskabets retspraksis, stilles der ikke dermed spørgsmålstegn ved dens retmæssighed. Inden for de grænser, der er nævnt ovenfor (jf. præmis 250-253 og 255), er den ikke i strid med nogen regel i fællesskabsretten, men, som netop forklaret, i overensstemmelse med de bestemmelser, der finder anvendelse på dette område.

264 Følgelig kan der med henvisning til Kommissionens meddelelse fra 1993, Kommissionens hidtidige praksis og retspraksis ikke rejses tvivl om lovligheden af anvendelsen af den gennemsnitlige forrentning i forbindelse med anvendelsen af den private investors princip på de betingelser, der er redegjort for ovenfor.

265 Sagsøgerne har for det tredje anført, at Kommissionens anvendelse af den gennemsnitlige forrentning er i strid med artikel 295 EF, navnlig fordi anvendelsen medfører en forskelsbehandling af offentlige virksomheder i forhold til private virksomheder og af offentlige myndigheder, der handler som investorer, i forhold til private investorer.

266 I den forbindelse bemærkes, som det er nævnt ovenfor i præmis 193, at konkurrencereglerne finder anvendelse uden forskel på offentlige og private virksomheder, og at artikel 295 EF ikke er til hinder for dette princip.

267 I henhold til fast retspraksis fremgår det endvidere af princippet om ligebehandling af offentlige og private virksomheder, at den kapital, som staten direkte eller indirekte stiller til rådighed for en virksomhed på vilkår, der svarer til normale markedsvilkår, ikke kan anses for statsstøtte (jf. dommen i sagen Italien mod Kommissionen, nævnt ovenfor i præmis 231, præmis 20, og dommen af 16.5.2002 i sagen Frankrig mod Kommissionen, præmis 69).

268 I denne sammenhæng har anvendelsen af den gennemsnitlige forrentning som analyseredskab ved anvendelsen af den private investors princip netop til formål at afgøre, om den omtvistede transaktion er blevet gennemført under omstændigheder, der svarer til de normale markedsvilkår.

269 For så vidt anvendelsen af den gennemsnitlige forrentning opfylder de betingelser, der er nævnt ovenfor i præmis 250-253 og 255, kan det ikke antages, at den tilsidesætter princippet om ligebehandling af offentlige og private virksomheder eller af offentlige og private investorer.

270 Da Kommissionen altid skal gennemgå alle de relevante elementer i den omtvistede transaktion og dens sammenhæng, skal den tage hensyn til, om en opmærksom privat investor i den pågældende offentlige investors sted som passende godtgørelse — ud fra andre økonomiske hensyn end den optimale forrentning — ville have accepteret en forrentning, der var lavere end gennemsnitsforrentningen i den pågældende sektor. Det samme gælder for argumentet om en påstået forskelsbehandling af offentlige og private virksomheder, da der også inden for rammerne af anvendelsen af den private investors princip skal tages hensyn til de særlige kendetegn ved den begunstigede virksomhed og ved den omtvistede transaktion.

271 Det bemærkes desuden, at kravet om, at der skal tages hensyn til den opmærksomme private investors adfærd med henblik på at vurdere den offentlige investors adfærd, mens et sådant krav ikke gælder for en almindelig privat investors adfærd, heller ikke kan antages at medføre en forskelsbehandling af den offentlige investor.

272 Ligebehandlingsprincippet forbyder nemlig, at sammenlignelige tilfælde behandles forskelligt, og dermed, at visse erhvervsdrivende stilles dårligere i forhold til andre, uden at denne forskellige behandling er tilstrækkeligt begrundet i objektive forskelle af en vis vægt (Rettens dom af 7.7.1999, sag T-106/96, Wirtschaftsverenigung Stahl mod Kommissionen, Sml. II, s. 2155, præmis 103). Den offentlige investor befinder sig imidlertid ikke i samme situation som den private investor. Den private investor kan kun tage sine egne ressourcer med i betragtning ved finansieringen af sine investeringer og hæfter derfor for konsekvenserne af sine valg med sin formue. Den offentlige investor har derimod adgang til ressourcer, der følger af udøvelse af offentlig myndighed, navnlig de ressourcer, der hidrører fra skatter. Da situationen for de to typer investorer ikke er den samme, kan det forhold, at der tages hensyn til den opmærksomme private investors adfærd for at vurdere den offentlige investors adfærd, ikke udgøre en forskelsbehandling af den offentlige investor.

273 Endelig — og i modsætning til, hvad sagsøgerne har anført — forhindrer anvendelsen af den gennemsnitlige forrentning ikke de offentlige virksomheder i at forfølge opgaver af almindelig interesse, som er beskyttet ved artikel 86, stk. 2, EF, da Kommissionen altid skal tage hensyn til den mulighed, at den pågældende støtte eventuelt opfylder de betingelser for at være tilladt, der er opstillet i denne bestemmelse.

274 Følgelig er anvendelsen af den gennemsnitlige forrentning ved anvendelsen af den private investors princip på de betingelser, der er redegjort for ovenfor, heller ikke i strid med artikel 295 EF.

275 Det følger heraf, at sagsøgernes anbringende om, at der i den anfægtede beslutning retsstridigt er gjort brug af en gennemsnitlig forrentning inden for rammerne af anvendelsen af den private investors princip, ikke kan tiltrædes.

276 Herefter skal andet led i sagsøgernes fjerde anbringende om, at Kommissionen i den anfægtede beslutning retsstridigt har udvidet statsstøttebegrebet, forkastes.

277 På den baggrund skal hele sagsøgernes anbringende om, at artikel 87, stk. 1, EF og artikel 295 EF er blevet tilsidesat, fordi Kommissionen i den anfægtede beslutning har fortolket begrebet statsstøtte urigtigt, forkastes.

V — *Det femte og det sjette anbringende om, at begrundelsespligten samt artikel 87, stk. 1, EF og artikel 295 EF er blevet tilsidesat, for det første med hensyn til, om der er tale om statsmidler, for det andet med hensyn til, at den omtvistede transaktion efter Kommissionens opfattelse fordrejer konkurrencen og påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, og for det tredje med hensyn til Kommissionens anvendelse af den markedsøkonomiske investors princip*

278 Med hensyn til begrundelsespligten bemærkes indledningsvis, at det følger af fast retspraksis, at omfanget af begrundelsespligten afhænger af arten af den pågældende retsakt og den sammenhæng, hvori den er vedtaget. Begrundelsen skal klart og utvetydigt angive institutionens argumentation, dels for at gøre det muligt for Fællesskabets retsinstanser at efterprøve beslutningens lovlighed, dels for at gøre det muligt for de interesserede at gøre sig bekendt med begrundelsen for den trufne foranstaltning med henblik på at kunne varetage deres interesser og afgøre, om beslutningen er lovlig (dommen i sagen Skibsværftsforeningen m.fl. mod Kommissionen, præmis 230, og dommen i sagen EPAC mod Kommissionen, præmis 34).

279 Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en retsakts begrundelse opfylder kravene i artikel 253 EF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes i forhold til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (Rettens dom i sagen Skibsværftsforeningen m.fl. mod Kommissionen, præmis 230, og Rettens dom af 15.6.2000, forenede sager T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97-T-607/97, T-1/98, T-3/98-T-6/98 og T-23/98, Sml. II, s. 2319, præmis 175).

280 Navnlig er Kommissionen ikke forpligtet til at tage stilling til alle de argumenter, som de interesserede har fremført for den, den behøver kun at redegøre for de faktiske omstændigheder og retlige betragtninger, der har været afgørende med

henblik på beslutningens systematik (Rettens dom af 8.6.1995, sag T-459/93, Siemens mod Kommissionen, Sml. II, s. 1675, præmis 31, og dommen i sagen EPAC mod Kommissionen, præmis 35).

281 Hvad f.eks. angår kvalifikationen af en støtteforanstaltning indebærer begrundelsespligten, at Kommissionen skal angive sine grunde for at antage, at den pågældende foranstaltning falder ind under anvendelsesområdet for artikel 87, stk. 1, EF (dommen i sagen EPAC mod Kommissionen, præmis 36).

282 Med hensyn til den materielle bedømmelse af den anfægtede beslutning bemærkes, at Kommissionens vurdering af, om en investering opfylder kriteriet vedrørende en investor, der disponerer ud fra markedsøkonomiske betragtninger, indebærer en kompliceret økonomisk bedømmelse. Når Kommissionen udsteder en retsakt, der indebærer en så kompliceret økonomisk bedømmelse, råder den over et vidt skøn, og domstolsprøvelsen af retsakten må derfor, selv om der som udgangspunkt skal ske en fuldstændig prøvelse af, om en foranstaltning er omfattet af anvendelsesområdet for artikel 87, stk. 1, EF, begrænses til en kontrol af, om procedure- og begrundelsesforskrifterne er overholdt, om de faktiske omstændigheder, på grundlag af hvilke det anfægtede valg er foretaget, er materielt rigtige, samt til, om der foreligger en åbenbar fejl ved vurderingen af de nævnte faktiske omstændigheder, eller om der er begået magtfordrejning. Navnlig kan Retten ikke sætte sit skøn med hensyn til økonomiske forhold i stedet for det, der er anlagt af den institution, der har vedtaget beslutningen (Rettens dom af 15.9.1998, forenede sager T-126/96 og T-127/96, BFM og EFIM mod Kommissionen, Sml. II, s. 3437, præmis 81, og dommen i sagen Alitalia mod Kommissionen, præmis 105 og de deri nævnte afgørelser).

283 Rettens gennemgang af de foreliggende anbringender har til formål at afgøre, om der ved den anfægtede beslutning er sket en tilsidesættelse af begrundelsespligten eller en tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF og artikel 295 EF. Med hensyn til sidstnævnte vil Retten navnlig undersøge, om Kommissionen har foretaget en åbenbart urigtig bedømmelse med hensyn til anvendelsen af den markedsøkonomiske investors princip i forbindelse med den omtvistede transaktion.

A — *Første led: tilsidesættelse af begrundelsespligten med hensyn til, om der er tale om statsmidler*

1. Parternes argumenter

284 Delstaten har gjort gældende, at Kommissionen retligt set ikke i tilstrækkeligt omfang har begrundet, at der i forbindelse med den omtvistede transaktion er tale om statsmidler.

285 Kommissionen har bestridt, at den ikke har begrundet, at der er anvendt statsmidler ved den omtvistede transaktion. Den har redegjort for, at WfA er en offentlig virksomhed, der anvender offentlige midler, og at tilførslen af sådanne aktiver i form af kapital til en virksomhed nødvendigvis indebærer, at der stilles statsmidler til rådighed.

2. Rettens bemærkninger

286 Som det er anført ovenfor i præmis 182, og som det er forklaret i betragtning 27-30 og 38 til den anfægtede beslutning, er det ubestridt, at WfA var en offentligretlig institution, der var udstyret med offentlige midler, at delstaten var den eneste indehaver af WfA's indskudskapital, og at WfA blev integreret i WestLB ved en lov, der blev vedtaget af delstatens landdag. På denne baggrund er det klart, at den omtvistede transaktion indebærer, at statsmidler stilles til rådighed. Den begrundelse, der er anført i den anfægtede beslutning på dette punkt, er derfor tilstrækkelig.

B — *Andet led: tilsidesættelse af begrundelsespligten og af artikel 87, stk. 1, EF med hensyn til, at den omtvistede transaktion fordrejer konkurrencen og påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne*

1. Parternes argumenter

287 WestLB har under henvisning til Domstolens dom af 13. marts 1985 (forenede sager 296/82 og 318/82, Nederlandene og Leeuwarder Papierwarenfabriek mod Kommissionen, Sml. s. 809, præmis 24) anført, at Kommissionen også har tilsidesat sin begrundelsespligt med hensyn til det forhold, at der skulle være tale om konkurrencefordrejning og en begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne. Med hensyn hertil indeholder beslutningen alene almindelige konstateringer vedrørende liberaliseringen af de finansielle markeder og om WestLB's tilstedeværelse i udlandet.

288 For det tilfælde, at Retten finder, at den i den anfægtede beslutning anlagte fortolkning af begrebet statsstøtte er korrekt, har WestLB subsidiært gjort gældende, at overdragelsen af WfA til WestLB hverken fordrejer konkurrencen eller påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne. Selv hvis den omhandlede foranstaltning udgjorde en statsstøtte, skulle Kommissionen have godtgjort, at den fordrejer konkurrencen og påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, hvilket den ikke har. Den blotte omstændighed, at WestLB ikke kun udøver sine aktiviteter i Nordrhein-Westfalen, men også i udlandet, er ikke tilstrækkelig til, at det kan antages, at der er tale om konkurrencefordrejning. Henvisningen til delstatens lovbemærkninger i forbindelse med WfA's overdragelse til WestLB kan heller ikke i sig selv godtgøre, at samhandelen mellem medlemsstaterne begrænses. Begrænsningen af samhandelen skal godtgøres objektivt, og lovgivers bemærkninger har ikke betydning i den forbindelse.

289 Kommissionen har anført, at den på tilstrækkelig vis har begrundet den anfægtede beslutning med hensyn til, at der foreligger en konkurrencefordrejning, og at samhandelen mellem medlemsstaterne påvirkes. Den har henvist til, at der er en nær forbindelse mellem et kreditinstituts egenkapital og dets bankvirksomhed, og til det forhold, at WestLB »udfører banktjenester i konkurrence med andre europæiske banker«. BdB har tilføjet, at sagsøgerne deltog i proceduren og derfor kendte til alle detaljerne i Kommissionens opfattelse på det omhandlede punkt (Rettens dom af 29.9.2000, sag T-55/99, CETM mod Kommissionen, Sml. II, s. 3207, præmis 76 ff. og 100 ff.)

290 Efter Kommissionens opfattelse kan den omtvistede transaktion begrænse konkurrencen, da den giver WestLB fordele, der gør det muligt for den at formindske omkostningerne ved opfyldelsen af de strengere solvenskriterier. Endvidere er WestLB's stilling blevet styrket i forhold til konkurrenterne — både i indlandet og i samhandelen inden for Fællesskabet — hvilket er tilstrækkeligt til at antage, at der foreligger en konkurrencefordrejning og en påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne (jf. generaladvokat Saggios forslag til afgørelse i forbindelse med Domstolens dom af 19.9.2000, sag C-156/98, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 6857, på s. 6864, punkt 24, og generaladvokat Cosmas' forslag til afgørelse i forbindelse med Domstolens dom af 5.10.2000, sag C-288/96, Tyskland mod Kommissionen, Sml. I, s. 8237, på s. 8241, punkt 106 ff.). BdB har tilføjet, at WestLB, da banken ikke har betalt renter for WfA-kapitalen i henhold til markedsvilkårene, har modtaget en driftsstøtte. Ifølge Domstolens praksis er der en formodning for, at driftsstøtte i sig selv er konkurrencefordrejende, og sagsøgeren har ikke afkræftet denne formodning.

291 Med hensyn til påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstaterne har Kommissionen henvist til delstatens lovbemærkninger om overdragelsen af WfA til WestLB, hvori det anføres, at den omtvistede transaktion, der på daværende tidspunkt blev ført drøftelser om, havde til formål at styrke WestLB's »indenlandske og internationale konkurrencedygtighed«.

2. Rettens bemærkninger

292 Med hensyn til begrundelsen for det punkt, der her behandles, bemærkes — ud over at henvise til den retspraksis, der er nævnt i præmis 278-281 — at selv i tilfælde, hvor det fremgår af selve de omstændigheder, hvorunder støtten ydes, at den kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne og fordreje eller true med at fordreje konkurrencevilkårene, påhviler det i det mindste Kommissionen at angive disse omstændigheder i beslutningens begrundelse (Domstolens dom af 7.6.1988, sag 57/86, Grækenland mod Kommissionen, Sml. s. 2855, præmis 15, og af 24.10.1996, forenede sager C-329/93, C-62/95 og C-63/95, Tyskland m.fl. mod Kommissionen, Sml. I, s. 5151, præmis 52, og Rettens dom af 30.4.1998, sag T-214/95, Vlaams Gewest mod Kommissionen, Sml. II, s. 717, præmis 64).

293 I den anfægtede beslutning har Kommissionen bl.a. anført, at WestLB er en international forretningsbank, der udfører alle bankforretninger, at dens udenlandske aktiviteter navnlig er koncentreret i Europa, at dens udenlandske aktiviteter i 1997 tegnede sig for 48% af dens ikke-konsoliderede indtægter, at den udfører banktjenester i konkurrence med andre europæiske banker, og at der er en meget tæt sammenhæng mellem et kreditinstituts egenkapital og dets bankaktiviteter (betragtning 17-20, 55-66 og 157-160 til den anfægtede beslutning).

294 Dermed har Kommissionen på en tilstrækkelig klar måde forklaret de faktiske omstændigheder og juridiske overvejelser, der i den forbindelse er af væsentlig betydning for systematikken i beslutningen. Denne begrundelse gør det muligt for sagsøgerne og Fællesskabets retsinstanser at kende grundene til, at Kommissionen fandt, at den omtvistede transaktion medførte en konkurrencefordrejning og påvirkede samhandelen i Unionen.

295 Kommissionen var i øvrigt ikke forpligtet til at foretage en økonomisk gennemgang med meget detaljerede oplysninger, da den havde redegjort for, hvordan indvirkningen på konkurrencen og påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstaterne kom til udtryk.

296 Endelig var Kommissionen ikke forpligtet til at godtgøre den faktiske virkning, støtten havde haft på konkurrencen og samhandelen mellem medlemsstaterne. En pligt for Kommissionen til at godtgøre et sådant forhold ville være ensbetydende med, at man begunstigede de medlemsstater, der yder støtte under tilsidesættelse af anmeldelsespligten i henhold til artikel 88, stk. 3, EF, på de medlemsstaters bekostning, der anmelder en påtænkt støtte (jf. dommen i sagen Vlaams Gewest mod Kommissionen, præmis 67, dommen i sagen CETM mod Kommissionen, præmis 103, og Rettens dom af 30.1.2002, sag T-35/99, Keller og Keller Meccanica mod Kommissionen, Sml. II, s. 261, præmis 85).

297 Det følger heraf, at det her omhandlede led af det femte og sjette anbringende skal forkastes for så vidt angår den påståede manglende begrundelse.

298 Hvad angår spørgsmålet, om Kommissionens beslutning vedrørende dette spørgsmål kan opretholdes, bemærkes, at det fremgår af fast retspraksis, at selv en relativt beskeden støtte kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, når der er en skarp konkurrence i den sektor, hvori den støttemodtagende virksomhed er beskæftiget (Domstolens dom af 11.11.1987, sag 259/85, Frankrig mod Kommissionen, Sml. s. 4393, præmis 24, dommen af 21.3.1991 i sagen Italien mod Kommissionen, præmis 27, og dommen i sagen Vlaams Gewest mod Kommissionen, præmis 49).

299 Når en finansiel støtte, som ydes af en stat eller ved hjælp af statsmidler, styrker en virksomheds stilling i forhold til andre virksomheder, som den konkurrerer med i samhandelen inden for Fællesskabet, må det desuden antages, at denne samhandel påvirkes af støtten (Domstolens dom af 17.9.1980, sag 730/79, Philip Morris mod Kommissionen, Sml. s. 2671, præmis 11, dommen i sagen Vlaams Gewest mod Kommissionen, præmis 50, og dommen i sagen CETM mod Kommissionen, præmis 86).

300 Endelig fordrejer støtte, der har til formål at friholde de støttemodtagende virksomheder for alle eller en del af de omkostninger, som de normalt selv skulle have afholdt i forbindelse med den løbende drift eller deres normale aktiviteter, i princippet konkurrencevilkårene (jf. dommen i sagen Siemens mod Kommissionen, præmis 48 og 77, og dommen i sagen Vlaams Gewest mod Kommissionen, præmis 43).

301 I den foreliggende sag bemærkes, at den omtvistede transaktion har styrket WestLB's stilling i forhold til konkurrenterne. I betragtning af transaktionens og WestLB's størrelse og WestLB's betydelige tilstedeværelse på de internationale markeder, er det i lyset af de nævnte afgørelser klart, at Kommissionen med rette konkluderede, at den anfægtede transaktion kunne fordreje konkurrencen og påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

302 Denne konstatering bekræftes af delstatens lovbemærkninger vedrørende overdragelsen af WfA til WestLB, hvorefter den omtvistede transaktion havde til formål at styrke WestLB's »indenlandske og internationale konkurrencedygtighed«.

303 På denne baggrund skal hele det her omhandlede led forkastes.

C — *Tredje led: tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF og artikel 295 EF med hensyn til Kommissionens anvendelse af den markedsøkonomiske investors princip og tilsidesættelse af begrundelsespligten med hensyn til visse beregningskriterier for en passende godtgørelse*

304 Sagsøgerne har, støttet af Forbundsrepublikken Tyskland, gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af begrundelsespligten med hensyn til visse beregningskriterier for en passende godtgørelse for den omhandlede kapitaltilførsel, og har subsidiært — for det tilfælde, at Retten skulle finde, at fortolkningen af begrebet statsstøtte er korrekt — bestridt anvendelsen af den markedsøkonomiske investors princip i den anfægtede beslutning. De har for det første anført, at der i den anfægtede beslutning ikke tages hensyn til de særlige kendetegn ved den omtvistede transaktion. Med hensyn til den del af egenkapitalen, som WestLB ikke kan anvende til at udvide sine kommercielle aktiviteter, har de for det andet anført, dels at begrundelsespligten er blevet tilsidesat ved fastsættelsen af godtgørelsen til en sats på 0,3% efter skat for denne kapital, og dels at den formuefordel, WestLB har fået, ikke vedrører denne kapital. Med hensyn til den del af WfA's kapital, der kan anvendes med henblik på at sikre WestLB's erhvervsmæssige transaktioner, har sagsøgerne for det tredje anført, dels at begrundelsespligten er blevet tilsidesat med hensyn til flere beregningskriterier for en passende godtgørelse, og de har bestridt rigtigheden af den af Kommissionen beregnede godtgørelse.

1. Anbringendet om, at der ikke er taget hensyn til de særlige kendetegn ved den omtvistede transaktion

a) Parternes argumenter

305 Sagsøgerne og navnlig delstaten har gjort gældende, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn ved anvendelsen af den private investors princip i den anfægtede beslutning, da den ikke har taget hensyn til visse særlige kendetegn ved den omtvistede transaktion.

306 Hvad for det første angår investoren har de anført, at den omtvistede transaktion var den eneste handling, der kunne forbedre WfA's rentabilitet og gennemføre statsbankkonceptet i lyset af de nye solvensbestemmelser. For det andet var det på grund af WfA's opgaver af almen interesse ikke muligt at opnå nogen som helst forrentning af WfA's formue. Da delstaten ved den omtvistede transaktion har kunnet opnå betydelige indtægter, samtidig med at den har bevaret WfA-formuens begrænsninger, udgjorde transaktionen den økonomisk set mest fornuftige anvendelse af denne formue.

307 Såfremt WfA igen bliver udskilt fra WestLB, eller WestLB opløses, tilkommer WfA's eventuelt forhøjede værdi for det tredje kun delstaten. Da WfA's formue for det fjerde internt hæfter i anden række, er det meget usandsynligt, at den — selv i det usandsynlige tilfælde, at WestLB lider tab — vil komme til at hæfte. For det femte har transaktionen skabt synergieffekter til et årligt beløb af 30 mio. DEM, der indgår som en del af den forventede forrentning.

308 For det sjette har sagsøgerne anført, at WfA's formue ikke er likvid kapital, men også efter den omtvistede transaktion, som ikke har medført ændringer heri, er en formålsbestemt kapital, hvilket forringer dens værdi. I den forbindelse har sagsøgerne gjort gældende, at Kommissionen har vurderet ulemperne ved WfA-aktivernes manglende likviditet fejlagtigt. Det er kun investorens synspunkt, der er afgørende ved beregningen af en passende godtgørelse. Derfor har det skattemæssigt fradragsberettigede beløb, som omkostningerne ved WestLB's refinansiering udgør — i modsætning til, hvad Kommissionen har anført (jf. ovenfor i præmis 45) — ikke betydning for beregningen, og refinansieringssatsen på 8,26% skal i sin helhed fratrækkes forrentningssatsen for likvid egenkapital. Endvidere er en selskabsskattebesparelse skattemæssigt neutral, da den som følge af den skattegodtgørelsesprocedure vedrørende selskabsskat, der var gældende i Tyskland på tidspunktet for den omtvistede transaktion, medfører en formindskelse af skattegodtgørelsen for investoren. Endelig er delstatens risiko i betydeligt omfang formindsket, da der ikke er foretaget en likviditetsoverførsel, og dette skulle have givet Kommissionen anledning til at nedsætte satsen for en passende godtgørelse yderligere.

309 Støttet af BdB er Kommissionen derimod af den opfattelse, at den har taget hensyn til de særlige kendetegn ved den omtvistede transaktion på korrekt vis, og den har forklaret, hvorfor disse kendetegn ikke kunne føre til en anden bedømmelse end den, der fremgår af den anfægtede beslutning. Kommissionen har for det første anført, at den har taget hensyn til den oprindelige situation for delstaten som investor, men den har understreget, at dens bedømmelse af denne situation er forskellig fra sagsøgernes. For det andet har Kommissionen anfægtet relevansen af sagsøgernes argumenter om WfA's opgaver af offentlig interesse, idet den navnlig har gjort gældende, at sagsøgerne har sammenblandet statens rolle som erhvervsdrivende med dens rolle som statslig myndighed.

310 For det tredje har Kommissionen fremhævet, at delstatens fortrinsret til sin godtgørelse for den omtvistede transaktion snarere er den nødvendige konsekvens af, at delstaten som følge af overdragelsen af aktiverne ikke har fået tildelt udvidede ejendomsrettigheder. For det fjerde har den bestridt relevansen af argumentet om, at WfA's formue alene hæfter internt i anden række, idet den har henvist til, at hæftelsesbeløbet før transaktionen var på 5,1 mia. DEM, og at

WfA's aktiver ifølge WestLB's balance blev fastsat til 5,9 mia. DEM, hvoraf 4 mia. blev godkendt af Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen. For det femte har Kommissionen anført, at synergieffekterne ikke må betragtes som en del af godtgørelsen for WfA-kapitalen, da de ikke er forbundet med omkostninger for WestLB.

311 Hvad angår den særlige karakter af WfA-midlerne har Kommissionen for det sjette bl.a. gjort gældende, at det forhold, at WfA-kapitalen er blevet anerkendt som kerneegenkapital, viser, at den faktisk står til rådighed for WestLB til dækning af eventuelle tab. Disse midler giver således WestLB en konkurrencemæssig fordel på markedet for finansielle tjenesteydelser.

312 I den forbindelse har Kommissionen ligeledes anført, at den på korrekt vis har taget hensyn til likviditetsulemperne i forbindelse med disse midler ved beregningen af en passende godtgørelse. Det er den måde, hvorpå modtageren betragter den konkret opnåede fordel, der er afgørende for fastsættelsen af en passende godtgørelse på grundlag af den markedsøkonomiske investors princip. Det er således kun nettoudgifterne ved refinansieringen — dvs. de udgifter, der ikke opvejes af en lavere skat — der skal tages i betragtning som yderligere omkostninger som følge af den overførte kapitals særlige karakter. Kommissionen har endvidere anført, at skattegodtgørelsen ikke spiller nogen rolle ved beregningen af en passende godtgørelse. Den har desuden henvist til, at der ikke er grundlag for en yderligere nedsættelse på grund af delstatens formindskede risiko.

b) Rettens bemærkninger

313 Hvad angår sagsøgernes første og andet argument bemærkes indledningsvis, at det ved anvendelsen af den private investors princip ikke er tilstrækkeligt at

sammenligne den forrentning, som delstaten opnår ved den omtvistede transaktion, med den forrentning, som den opnåede af WfA's formue før denne transaktion. Det er ubestridt, at WfA-formuen, der alene skulle tjene til at fremme boligbyggeri, ikke var underlagt en privat investors logik. Den forrentning, som delstaten har opnået som følge af den omtvistede transaktion, skal derimod sammenlignes med den forrentning, som en tænkt privat investor, der i videst muligt omfang befinder sig i samme situation som delstaten, ville have krævet for transaktionen (jf. i denne retning DM Transport-dommen, præmis 25).

314 Det bemærkes, at en privat investor normalt ikke lader sig nøje med, at en investering ikke giver ham tab eller kun giver et begrænset udbytte. Han vil nemlig bestræbe sig på at opnå en passende maksimering af forrentningen af sin investering i forhold til de foreliggende omstændigheder og hans interesser på kort, mellemlang eller lang sigt, hvilket også gælder for en investering i en virksomhed, i hvis selskabskapital, han allerede besidder kapitalinteresser.

315 Med hensyn til delstatens stilling som investor fritager det forhold, at den omtvistede transaktion er fornuftig for delstaten, den ikke for at anvende fællesskabsretten om statsstøtte. Det er stadig nødvendigt at afgøre, om transaktionen styrker WestLB's stilling ved at give den en fordel, som den ikke ville have fået under normale markedsvilkår.

316 Tilsvarende gælder for sagsøgernes efterfølgende argument om, at transaktionen udgjorde den økonomisk set mest fornuftige anvendelse af WfA-formuen. Desuden finder Retten, at Kommissionen ikke anlagde et åbenbart urigtigt skøn, da den ved beregningen af den godtgørelse, som en privat investor ville have forventet for den omtvistede transaktion, ikke tog hensyn til delstatens andel af fortjenesten ved WestLB's større omsætning. I den forbindelse bemærkes, at sagsøgerne ikke har hævdet, at en sådan forøgelse af omsætningen ville have oversteget den, som andre banker ville have opnået i samme tidsrum under tilsvarende omstændigheder. Da dette ikke er godtgjort, kan det ikke lægges til

grund, at delstatens andel af fortjenesten ved WestLB's større omsætning var en særlig konsekvens af den omtvistede transaktion, således at der skulle have være taget hensyn hertil ved beregningen af den godtgørelse, som en privat investor ville have forventet for den omtvistede transaktion. Under alle omstændigheder har den hævdede forøgelse også ført til, at de andre indehavere af WestLB har fået en andel af fortjenesten, uden at de i den forbindelse har bidraget med noget, hvilket heller ikke er i overensstemmelse med en markedsøkonomisk investors adfærd.

317 Hvad endelig angår delstatens argument om større skatteprovenu bemærkes, at delstatens rolle som offentligt organ og dens rolle som erhvervsdrivende ikke må sammenblandes. Et større skatteprovenu ville imidlertid være fuldstændig uden betydning for en privat investor.

318 Med hensyn til det tredje argument om, at WfA's eventuelt forhøjede værdi i tilfælde af, at WfA igen skulle blive udskilt fra WestLB, eller WestLB skulle blive opløst, kun tilkommer delstaten, bemærkes for det første, at forhøjelsen af værdien er usikker, og at argumentet tager udgangspunkt i en hypotese, der ikke er ønskelig for sagsøgerne, og som går imod formålet med den omtvistede transaktion. Et sådant argument forudsætter nemlig, at WestLB bliver opløst, eller at WfA's formue igen bliver udskilt fra WestLB. I begge tilfælde ville den omtvistede transaktion, hvorved WfA blev integreret i WestLB, blive ophævet. For det andet formindsker det forhold, at WfA's eventuelt forhøjede værdi tilkommer delstaten i tilfælde af en adskillelse ikke den konkurrencefordrejning, som den omtvistede transaktion i mellemtiden kan forårsage, og det udelukker heller ikke muligheden for, at denne transaktion kan udgøre en økonomisk fordel, som ydes af delstaten til WestLB, og som WestLB ikke ville have fået under normale markedsvilkår.

319 Hvad angår sagsøgernes fjerde argument om, at WfA's formue hæfter i anden række i det interne forhold mellem WestLB's ejere, har Kommissionen heller ikke

begået en åbenbar fejl ved at antage, at dette forhold ikke begrundede en nedsættelse af den godtgørelse, der måtte kræves for den omtvistede transaktion. Det skal indledningsvis bemærkes, at denne hæftelse kun består i forholdet mellem de enkelte ejere. I WestLB's forhold til sine kreditorer nyder WfA-formuen derimod ingen beskyttelse. Selv hvad angår det interne forhold bliver betydningen af argumentet om, at der er en mindre risiko for, at den kapital, der er tilført ved den omtvistede transaktion, kommer til at hæfte, i øvrigt modificeret betydeligt på grund af omfanget af WfA-tilførslen i forhold til WestLB's samlede egenkapital, nemlig 5,9 mia. DEM i forhold til 11 mia. DEM, der udgør det samlede beløb af WestLB's egenkapital efter den omtvistede transaktion, dvs. ca. 53,63% af det samlede beløb.

320 Med hensyn til det femte argument, der støttes på synergieffekter, som hævdes at skulle indgå i beregningen af den forventede forrentning, bemærkes — som det er understreget ovenfor i præmis 314 — at en privat investor normalt ikke lader sig nøje med at undgå tab eller kun at opnå en begrænset forrentning af sin investering, men at han forsøger at maksimere forrentningen af sin formue i forhold til de foreliggende omstændigheder og sine interesser. Det skal først fastslås, at disse synergieffekter på ingen måde udgør en omkostning eller en ulempe for WestLB, som WestLB skal kompenseres for i form af en mindre godtgørelse for den tilførte kapital. Det er således sandsynligt, at en privat investor i delstatens sted ikke ville have accepteret en mindre godtgørelse for sin investering på grund af en indirekte fordel, som han måtte få heraf, men som ikke medførte nogen ulempe for WestLB. Såfremt WestLB desuden — i stedet for at have foretaget den omtvistede transaktion med delstaten — skulle have fået tilført kapital fra en privat investor, som synergieffekterne ikke var kommet til gode, havde den i hvert fald skullet betale en godtgørelse svarende til den, der tilbydes på markedet. Under disse omstændigheder anlagde Kommissionen ikke et åbenbart urigtigt skøn, da den antog, at eventuelle synergieffekter, der indirekte kom delstaten til gode, udgjorde en yderligere fordel for delstaten som følge af den omtvistede transaktion, der ikke kunne begrunde en nedsættelse af det af Kommissionen anslåede beløb for statsstøtteelementet.

321 For så vidt angår det sjette argument om, at der skal tages hensyn til, at WfA kun i begrænset omfang blev tilført WestLB, bemærkes, at det her omhandlede spørgsmål drejer sig om, hvilken præcis betydning WfA-kapitalens manglende likviditet har for beregningen af en passende godtgørelse for den omtvistede transaktion. Nærmere bestemt er parterne uenige om, hvorvidt der ved denne beregning skal tages hensyn til, at WestLB's refinansieringsomkostninger, som driftsudgifter, nedsætter WestLB's skattepligtige indkomst og følgelig den selskabsskat, som WestLB skal betale.

322 Det bemærkes, at artikel 87, stk. 1, EF har til formål at hindre, at samhandelen mellem medlemsstaterne påvirkes af fordele, som indrømmes af offentlige myndigheder, og som under forskellige former fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner.

323 For at afgøre, om en kapitaltilførsel til en virksomhed fra det offentlige udgør en statsstøtte, skal det undersøges, om en investor, som handler under normale markedsøkonomiske betingelser, og som er af en størrelse, der kan sammenlignes med den offentlige sektors forvaltningsorganer, under tilsvarende omstændigheder kunne være foranlediget til at foretage den omhandlede kapitaltilførsel. Navnlig må det undersøges, om en privat investor ville have gennemført transaktionen på de samme vilkår, og hvis dette ikke er tilfældet, må det undersøges, på hvilke vilkår transaktionen da kunne være gennemført (jf. de ovenfor i præmis 245 nævnte afgørelser).

324 I den foreliggende sag skal det — i overensstemmelse med redegørelsen i præmis 313 — afgøres, hvilken forrentning en hypotetisk privat investor, der i videst muligt omfang befinder sig i samme situation som delstaten, ville have krævet for den omtvistede transaktion.

325 Som nævnt ovenfor i præmis 180, 207 og 243, drejer det sig, når alt kommer til alt, om at afgøre, om den begunstigede virksomhed opnår en økonomisk fordel, som den ikke ville have opnået under normale markedsvilkår.

326 I modsætning til, hvad sagsøgerne har gjort gældende, kan de ikke bestride det forhold, at der skal tages hensyn til, at WestLB's refinansieringsomkostninger skattemæssigt er fradragsberettigede, ved at anføre, at alene investorens synspunkt er relevant ved beregningen af en passende forrentning.

327 Inden for rammerne af anvendelsen af fællesskabsretten om statsstøtte kan det ikke antages, at den teoretiske efterprøvelse af, om en transaktion er gennemført i henhold til de normale markedsøkonomiske vilkår, nødvendigvis skal ske med henvisning til den ene investor eller til den ene virksomhed, der begunstiges ved investeringen, da samspillet mellem de forskellige aktører netop er det, der karakteriserer markedsøkonomien.

328 Således ville en privat investor, der befandt sig i samme situation som delstaten, inden for rammerne af forhandlinger på normale markedsøkonomiske vilkår ikke have set bort, at fra WfA's kapital ikke var likvid. En sådan investor havde været nødt til at tage hensyn til WestLB's synspunkt og til det forhold, at WfA-kapitalen var af begrænset nytteværdi for WestLB. Han havde ikke kunnet kræve en tilsvarende godtgørelse for denne kapital som for likvid kapital.

329 På samme måde var det — navnlig ved en transaktion som den omtvistede, der vedrørte et betydeligt kapitalbeløb — berettiget at gå ud fra, at en privat investor ville have taget hensyn til WestLB's faktiske omkostninger ved WfA-kapitalens manglende likviditet og således til de delvist fradragsberettigede refinansieringsomkostninger, som den manglende likviditet medførte.

330 Med hensyn til argumentet om, at en selskabsskattebesparelse samlet set er skattemæssigt neutral, fordi den for investoren vil medføre en formindskelse af skattegodtgørelsen, bemærkes, som der vil blive redegjort for i det følgende (jf. præmis 388-393), at Kommissionens manglende hensyntagen til de regler om skattegodtgørelse for selskabsskat, der var gældende i Tyskland på tidspunktet for den omtvistede transaktion, ikke kan rejse tvivl om lovligheden af beregningen af en passende godtgørelse i den foreliggende sag.

331 Det følger heraf, at Kommissionen ikke anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved, at den — i forbindelse med sin bedømmelse af alle de relevante led i den omtvistede transaktion med henblik på at beregne en passende godtgørelse for denne — fandt, at der skulle tages hensyn til WfA-kapitalens manglende likviditet på grundlag af de dermed forbundne nettorefinansieringsomkostninger og således på grundlag af det forhold, at refinansieringsomkostningerne fører til en nedsættelse af den selskabsskat, som WestLB skal betale. Det følger heraf, at sagsøgernes sjette argument ikke kan tiltrædes.

332 Endelig skal der tages stilling til det argument, som sagsøgerne har fremsat i forbindelse med, at de har anfægtet anvendelsen af den gennemsnitlige forrentning, nemlig at Kommissionen ikke har taget hensyn til, at private investorer kan forfølge andre mål end en optimal forrentning af deres kapital, f.eks. som følge af indehavervirkningen (jf. ovenfor, præmis 216 og 222-226).

333 I den forbindelse bemærkes, at sagsøgerne alene generelt har gjort gældende, dels at det har betydning, at private investorer kan forfølge andre mål end en optimal forrentning af deres kapital, og dels, at dette gør sig gældende for delstaten i den foreliggende sag.

334 Imidlertid har de ikke forklaret, i hvilket omfang dette konkret rejste tvivl om retmæssigheden af den anfægtede beslutning. Navnlig har de ikke forklaret, hvorfor, og i præcis hvilket omfang, det kan begrunde en nedsættelse af det statsstøtteelement, som Kommissionen har beregnet under hensyn til den forrentning, som delstaten kunne forvente af WfA-kapitalen i overensstemmelse med den private investors princip. Det må herefter fastslås, at sagsøgerne ikke har godtgjort relevansen heraf i den foreliggende sag, og at de derfor ikke med rette kan kritisere Kommissionen for, at den ikke har taget hensyn hertil.

335 Særligt med hensyn til argumentet vedrørende indehavervirkningen bemærkes endvidere, som det er nævnt ovenfor i præmis 314, at en privat investor normalt ikke lader sig nøje med at undgå tab eller kun at opnå en begrænset forrentning af sin investering, men vil forsøge at maksimere forrentningen af sin formue i forhold til omstændighederne og sine interesser, hvilket også gælder for en investering i en virksomhed, i hvis selskabskapital han allerede besidder kapitalinteresser.

336 Med hensyn til spørgsmålet, om Kommissionen har taget hensyn til alle de relevante forhold i forbindelse med den omtvistede transaktion og dens sammenhæng, skal det fremhæves, som det er nævnt ovenfor i præmis 197, at sagsøgerne ikke har gjort gældende, at den anfægtede beslutning er retsstridig, fordi betingelserne i artikel 86, stk. 2, EF for at undtage WestLB fra anvendelsen af konkurrencereglerne er opfyldt i den foreliggende sag.

337 Det følger heraf, at gennemgangen af, hvorledes Kommissionen har taget hensyn til de særlige kendetegn ved den anfægtede transaktion, ikke har vist, at Kommissionen har anlagt et åbenbart urigtigt skøn. Herefter må anbringendet om, at den anfægtede beslutning i denne henseende er uretmæssig, forkastes.

2. Spørgsmålet om en passende godtgørelse for de 3,4 mia. DEM af WfA-formuen, der ikke kunne anvendes som sikkerhed for WestLB's egne transaktioner

a) Parternes argumenter

338 Delstaten har anført, at den anfægtede beslutning er utilstrækkeligt begrundet hvad angår fastsættelsen af en passende godtgørelse til en sats på 0,3% efter skat af den del af den ansvarlige egenkapital, der ikke kan anvendes af WestLB til dækning af kreditter. Det er ikke muligt at forstå, hvorfor Kommissionen har taget hensyn til bestemte faktorer — bl.a. størrelsen af det omhandlede beløb og det forhold, at WfA's særlige reserver er stillet til rådighed for WestLB på ubegrænset tid — og hvilken rolle disse faktorer har spillet ved beregningen af den passende godtgørelsessats, der er blevet fastsat.

339 Sagsøgerne har endvidere anført, at den anfægtede beslutning er materielt urigtig i denne forbindelse. De har gjort gældende, at der ikke skal betales nogen godtgørelse for de 3,4 mia. DEM, der ikke må anvendes til at udvide WestLB's virksomhed. Denne del af kapitaltilførslen giver ikke banken nogen økonomisk fordel, fordi 1,5 mia. DEM af dette beløb udgør den kapital, der medgår til dækning af WfA's transaktioner og ikke WestLB's transaktioner, og fordi bankens kreditorer — som kun lægger vægt på den langsigtede kreditvurdering, der ikke har ændret sig som følge af transaktionen — ikke tager hensyn til det resterende beløb, dvs. 1,9 mia. DEM.

340 Kommissionen har anført, at den i betragtning 221 til den anfægtede beslutning på tilstrækkelig måde har forklaret, hvordan den ved fastsættelsen af den passende godtgørelse for den kapital, som WestLB ikke kunne anvende, er nået frem til en sats på 0,3% efter skat. Den har anført, at satsen på 0,3%, der i løbet af den formelle undersøgelsesprocedure er blevet anført af den tyske regering som en passende garantiprovision for WestLB, er blevet forhøjet for at tage hensyn til kapitalens særlige karakter, dvs. beløbets størrelse og den tidsmæssigt ubegrænsede dispositionsret, og derefter nedsat til en værdi efter skat.

341 Kommissionen har endvidere anført, at beløbet på 3,4 mia. DEM, der ikke kan tjene som sikkerhed for WestLB's egne transaktioner, har en økonomisk nytteværdi for WestLB, da det fremgår af WestLB's balance som supplerende egenkapital og dermed forhøjer bankens kreditværdighed, idet det udgør en yderligere sikkerhed for kreditorerne. Kommissionen bestrider endvidere argumentet vedrørende betydningen af kreditvurderingen af banken. Derfor er Kommissionen af den opfattelse, at der også skulle tages hensyn til det nævnte beløb for at fastsætte en passende godtgørelse for WfA-overdragelsen.

b) Rettens bemærkninger

342 Hvad angår begrundelsen i den anfægtede beslutning på dette punkt bemærkes indledningsvis, at Kommissionen i betragtning 220 til den anfægtede beslutning har anført, at den omhandlede kapital har en materiel værdi for WestLB, at dens økonomiske funktion kan sammenlignes med den funktion, en garanti eller hæftelse har, og at en privat investor ville kræve en passende godtgørelse for at pådrage sig en sådan risiko.

343 Hvad for det andet angår godtgørelsessatsen på 0,3% er det tilstrækkeligt at bemærke — som Kommissionen har anført i betragtning 221 til den anfægtede beslutning, og som det er blevet bekræftet af sagsøgerne i retsmødet — at denne sats var blevet anført af den tyske regering som en passende garantiprovision for en bank som WestLB.

344 Det må således fastslås, at det i den anfægtede beslutning dels klart forklares, hvorfor Kommissionen har været af den opfattelse, at det var berettiget at fastsætte en godtgørelse for denne kapital, dels at den har redegjort for de faktorer, der gør det muligt for sagsøgerne og Fællesskabets retsinstanser at forstå Kommissionens grunde til valget af beregningen af godtgørelsen for den pågældende kapital. Sagsøgernes anbringende om manglende begrundelse i denne henseende skal derfor forkastes.

345 Hvad angår spørgsmålet, om dette valg er materielt rigtigt, bemærkes, at det er berettiget at gå ud fra, at en privat investor ville have krævet en godtgørelse for en sådan kapital, da den har givet WestLB en fordel derved, at WestLB's solvens er blevet forøget. Med hensyn til den af Kommissionen anvendte sats er det tilstrækkeligt at bemærke, at satsen var blevet nævnt af Forbundsrepublikken Tyskland, og at det i den forbindelse ikke har betydning, at Kommissionen for at nå dertil fandt det nødvendigt først at forhøje beløbet og derefter at nedsætte det. Sagsøgerne har endvidere anført, at WestLB ikke skulle betale nogen godtgørelse for den omhandlede kapital, men har ikke forklaret, hvorfor den endelige sats, som Kommissionen fastsatte for en passende godtgørelse for denne kapital, skulle være anderledes.

346 På denne baggrund kan det ikke antage, at Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved beregningen af godtgørelsen for de 3,4 mia. DEM af WfA-formuen, der ikke kunne anvendes som sikkerhed for WestLB's egne transaktioner. Det følger heraf, at anbringendet om, at den anfægtede beslutning i denne henseende er uretmæssig, skal forkastes.

3. Spørgsmålet om en passende godtgørelse for de 2,5 mia. DEM af WfA-formuen, der kunne anvendes som sikkerhed for WestLB's egne transaktioner

347 Sagsøgerne har, støttet af Forbundsrepublikken Tyskland, for det første gjort gældende, at denne godtgørelse skal beregnes under hensyntagen til WfA-formuens særlige risikoprofil, der kan sammenlignes med risikoprofilen for hybride egenkapitalinstrumenter. De har for det andet anført, at det ikke var nødvendigt at forhøje delstatens kapitalinteresser i WestLB's selskabskapital, for at den omtvistede transaktion ikke skulle udgøre en statsstøtte. For det tredje har de anført, at den endelige forrentningssats på 9,3%, som Kommissionen har krævet for denne del af WfA-formuen, med hensyn til visse aspekter ikke er begrundet og i flere henseender er materielt urigtig.

a) Spørgsmålet, om overdragelsen af WfA-formuen kan sammenlignes med egenkapitalinstrumenter

Parternes argumenter

348 WestLB har gjort gældende, at WfA-formuens risikoprofil ikke kan sammenlignes med selskabskapitalens risikoprofil, men med risikoprofilen for hybride egenkapitalinstrumenter, som stille kapitalindskud, perpetual preferred shares (præferenceaktier uden tidsbegrænsning) og udbyttebeviser. Således skal en passende godtgørelse for den omtvistede transaktion ikke beregnes ved at sammenligne WfA-overdragelsen med en forhøjelse af selskabskapitalen, men ved at sammenligne den med disse hybride instrumenter og de godtgørelser, der betales for disse, og hvis størrelse (mellem 9,3 og 10,3%) er forskellig fra størrelsen af den

forrentning, som Kommissionen har krævet i den anfægtede beslutning som basisforrentning (12%). WestLB har endvidere anfægtet den materielle rigtighed af Kommissionens redegørelse herfor i den anfægtede beslutning.

349 Kommissionen har, støttet af BdB, bestridt dette argument, idet den har gjort gældende, at sammenligningen med hybride egenkapitalinstrumenter — på grund af de særlige kendetegn ved WfA-formuen — ikke er et egnet grundlag for at fastsætte en passende godtgørelse for den omtvistede transaktion. Kommissionen har forklaret, hvordan WfA-formuen på adskillige punkter adskiller sig fra hvert af de instrumenter, som WestLB har sammenlignet med.

Rettens bemærkninger

350 Kommissionens valg af sammenligningskriterier ved fastsættelsen af en passende godtgørelsessats for den omhandlede del af WfA-formuen kan ikke kvalificeres som åbenbart urigtigt. Kommissionen har således i betragtning 193-201 til den anfægtede beslutning forklaret, hvorfor den har fundet, at der er så stor forskel mellem de hybride instrumenter og den omtvistede transaktion, at en sammenligning af den omtvistede transaktion med disse instrumenter kun har en begrænset værdi. Kommissionen har navnlig henvist til, at de hybride instrumenter, som sagsøgerne har nævnt, i almindelighed kun udgør en lille del af en banks egenkapital, hvorimod WfA-aktiverne udgør næsten halvdelen af WestLB's kerneegenkapital.

351 Da spørgsmålet, om WfA-formuen kan sammenlignes med disse hybride instrumenter, vedrører et økonomisk temmelig komplekst område, hvor Kommissionen har et vidt skøn, må det på denne baggrund — under hensyntagen til grænserne for den retlige efterprøvelse — fastslås, at gennemgangen af den anfægtede beslutning ikke har vist, at der er anlagt et åbenbart urigtigt skøn, der kan rejse tvivl om beslutningens retmæssighed.

b) Nødvendigheden af at forhøje delstatens kapitalinteresser i WestLB

Parternes argumenter

352 WestLB har anført, at det — for at den omtvistede transaktion ikke skulle udgøre en statsstøtte — ikke var nødvendigt at forhøje delstatens kapitalinteresser i WestLB's kapital, da delstaten får en passende godtgørelse for WfA-formuen.

353 Kommissionen har tilsluttet sig WestLB's udgangspunkt og har anført, at den i betragtning 182 og 184 til den anfægtede beslutning alene har fastslået, at en sådan forhøjelse af delstatens andel af WestLB's kapital ville have været en måde, hvorpå den kunne sikre en passende forrentning af den tilførte kapital. Når denne måde ikke blev anvendt, måtte delstaten skaffe sig en passende godtgørelse på anden vis.

Rettens bemærkninger

354 Det må antages, at sagsøgernes argument er uden genstand. Sagsøgerne og Kommissionen er enige om, at det — for at den omtvistede transaktion ikke skulle udgøre en statsstøtte — ikke havde været nødvendigt at forhøje delstatens andel af WestLB's kapital, såfremt delstaten havde fået en passende godtgørelse for WfA-formuen. Der skal herefter kun tages stilling til, om Kommissionen anlagde et åbenbart urigtigt skøn ved at finde, at godtgørelsen for den omtvistede transaktion ikke var passende i en sammenhæng, hvor delstaten ikke forøgede sin andel af WestLB's kapital.

c) Den endelige forrentningssats på 9,3%

355 Sagsøgerne har anført, at den endelige forrentningssats på 9,3%, som Kommissionen har krævet som passende godtgørelse for den omtvistede transaktion, med hensyn til visse aspekter ikke er begrundet, og at den i flere henseender er materielt urigtig.

356 Sagsøgerne har for det første gjort gældende, at begrundelsespligten er blevet tilsidesat hvad angår fastsættelsen af satsen for basisforrentningen til 12% efter skat med henblik på beregningen af den endelige passende godtgørelse (herefter »basisforrentningssatsen«), og de har anført, at denne sats er fejlagtig. For det andet har de anført, at begrundelsespligten er tilsidesat med hensyn til Kommissionens risikotillæg på 1,5% ved beregningen af den endelige passende godtgørelse, og de har gjort gældende, at dette tillæg ikke er berettiget.

i) Basisforrentningssatsen på 12%

Parternes argumenter

357 Sagsøgerne har anført, at de kriterier, hvorefter basisforrentningssatsen blev fastsat til 12% efter skat, ikke fremgår af den anfægtede beslutning. De har endvidere anført, at Kommissionen ikke kunne forlange en så høj sats.

358 Hvad angår den af Kommissionen anvendte form for basisforrentningssats er det ifølge sagsøgerne for det første uklart, om satsen svarer til en egenkapitalforrentning (Return of Equity, herefter »RoE«) eller til en investeringsforrentning (Return on Investment, herefter »RoI«), som er forskellige forrentninger. Sagsøgerne har endvidere anført, at det ikke fremgår af den anfægtede beslutning, hvorfor Kommissionen har lagt en forventet forrentning efter skat til grund. Delstaten har tilføjet, at selv om Kommissionen i sit svarskrift har præciseret, at en investors forventede forrentning kun kan være en forrentning »efter skat«, der er betalt af virksomheden, men »før skat« for investoren, fremgår dette ikke klart af den anfægtede beslutning.

359 Efter sagsøgernes opfattelse er den fortolkning af den anfægtede beslutning, som Kommissionen har givet i sit svarskrift, ikke relevant i denne henseende. WestLB har endvidere tilføjet, at det desuden følger af et udkast til den anfægtede beslutning, at Kommissionen er gået ud fra en forrentning efter skat, og har anmodet Retten om at pålægge Kommissionen at fremlægge samtlige udkast til den anfægtede beslutning.

360 For det andet har sagsøgerne, støttet af Forbundsrepublikken Tyskland, gjort gældende, at Kommissionen skulle have taget hensyn til, at der i Tyskland på tidspunktet for den omtvistede transaktion fandtes regler om en skattegodtgørelse for selskabsskat. De har anført, at Kommissionen fejlagtigt har sidestillet investorens forrentning før skat med virksomhedens forrentning efter skat. De har gjort gældende, at resultaterne af den af Kommissionen foretagne sammenligning af forrentningerne er blevet forvrænget til skade for sagsøgerne, da der med sidestillingen ikke tages hensyn til de konsekvenser for de interesserede parter, der følger af de skattemæssige regler, som gælder for dem, hvilket i den foreliggende sag fordrejer anvendelsen af den markedsøkonomiske investors princip.

361 Sagsøgerne har anført, at i modsætning til andre investorer har delstaten, når den betaler udbytteskat, ikke ret til en skattegodtgørelse, som kan fradrages i et indkomstskattetilsvar, svarende til den selskabsskat, som den virksomhed, delstaten modtager udbytte fra, allerede har betalt. Som følge af denne godtgørelsesprocedure afviger RoE efter virksomhedsskat altid fra RoI før investorens skat med mindst et beløb svarende til skattegodtgørelsen for den betalte selskabsskat.

362 Sagsøgerne har konkluderet, at for at man kan sammenligne forrentningerne, skal der tildeles investorer, der ikke har krav på denne skattegodtgørelse, en fiktiv godtgørelse. Derfor skulle Kommissionen, da den fastsatte basisforrentningssatsen til 12%, have taget hensyn til en fiktiv skattegodtgørelse på 5,5% som en del af delstatens indkomst. Alternativt kunne den have nedsat RoI før skat fra 12 til 6,45%. Efter delstatens opfattelse kunne der i hvert fald højst have været krævet et udbetalt udbytte til udbetaling på 6,48% fra WestLB.

363 Hvad angår BdB's og Kommissionens argument om, at skattegodtgørelsesreglerne ikke finder anvendelse på den aftalte godtgørelse for WfA-kapitalen, har sagsøgerne gjort gældende, at deres redegørelse i den forbindelse har til formål at sammenholde Kommissionens fremgangsmåde med en markedsøkonomisk investors skattemæssige situation, hvilket Kommissionen har brugt som forbillede.

364 For det tredje har sagsøgerne anført, at begrundelsespligten er blevet tilsidesat i forbindelse med fastsættelsen af størrelsen af den basisforrentningssats, som Kommissionen har anvendt.

365 I den forbindelse har sagsøgerne bestridt relevansen af de kriterier, der er lagt til grund i betragtning 209 til den anfægtede beslutning, og de har navnlig bemærket, at en ren henvisning til Kommissionens beslutning 98/490/EF af 20. maj 1998 om Frankrigs støtte til Crédit Lyonnais (EFT L 221, s. 28), uden at det forklares, på hvilke punkter de to sager ligner hinanden, ikke udgør en tilstrækkelig begrundelse.

366 Delstaten har anført, at tilsidesættelsen af begrundelsespligten i den anfægtede beslutning er så meget desto klarere, som Kommissionen — åbenbart for første gang i denne beslutning — udelukkende lægger de forventede fremtidige forrentninger til grund og derfor kræver en mindsteforrentning. Kommissionen orienterer sig ikke om f.eks. forrentninger, som kan opnås fra sammenlignelige virksomheder, og som faktisk er blevet opnået i en økonomisk set sammenlignelig sektor i den pågældende medlemsstat. Prognoserne for bedømmelsen af de forventede forrentninger og de afgørende parametre herfor fremgår ikke af beslutningens begrundelse. Til Kommissionens bemærkninger har delstaten desuden anført, at på trods af, at de afsnit i den anfægtede beslutning, som Kommissionen har nævnt, faktisk forklarer, at en investors valg ifølge Kommissionen hovedsageligt ledes af de forventede forrentninger, indeholder disse afsnit ikke de prognoser og parametre, som en investor ville tage hensyn til i den forbindelse.

367 WestLB har tilføjet, at Kommissionen ikke har behandlet spørgsmålet om, hvad der er det relevante marked eller den »pågældende sektor«, hvori der kan forventes den gennemsnitlige forrentning, som har ligget til grund for dens beslutning. Dette spørgsmål er imidlertid af grundlæggende betydning for i en statsstøtteprocedure at kunne fastsætte en gennemsnitlig forrentning, der kan tilbydes i en bestemt erhvervsgren.

368 Delstaten har gjort gældende, at Kommissionen ikke har begrundet basisforrentningssatsen, da den ikke har tiltrådt bestemte væsentlige analytiske argumenter og oplysninger og informationer fra Forbundsrepublikken Tyskland vedrørende denne sats (Domstolens dom af 28.4.1993, sag C-364/90, Italien mod Kommissionen, Sml. I, s. 2097, præmis 44 og 45).

369 Kommissionen har anført, at den anfægtede beslutning er tilstrækkeligt begrundet for så vidt angår basisforrentningssatsen på 12% efter skat, og at satsen materielt set er rigtig.

370 Kommissionen har for det første bestridt, at den anfægtede beslutning ikke er begrundet for så vidt angår den form for basisforrentningssats, som den har anvendt.

371 For det andet har Kommissionen, støttet af BdB, anfægtet argumentet om, at der skal tages hensyn til skattegodtgørelsen som en del af investorens afkast. Kommissionen er af den opfattelse, at denne skattegodtgørelse alene har til formål at opveje det tab, der ville følge af en dobbeltbeskatning. Den har endvidere bestridt den materielle rigtighed af sagsøgernes oplysninger i den forbindelse vedrørende skatteområdet og har forklaret, hvorfor der generelt set ikke skal tages hensyn til beregninger af skattebyrden ved fastsættelsen af den markedsøkonomiske investors gennemsnitlige forrentning.

372 BdB og Kommissionen har endvidere gjort gældende, at skattegodtgørelsesproceduren for selskabsskat overhovedet ikke finder anvendelse på den aftalte godtgørelse for WfA-kapitalen, da denne godtgørelse er fast, og skattegodtgørelsesproceduren kun finder anvendelse i Tyskland, når investoren modtager et afkast fra virksomheden i form af en del af overskuddet.

373 Hvad angår den hævdede manglende begrundelse for størrelsen af den basisforrentningssats, som Kommissionen har anvendt, har Kommissionen for det

tredje fremhævet, at den i betragtning 209 til den anfægtede beslutning udtrykkeligt har nævnt beregningsgrundlaget for den omhandlede sats, nemlig sin egen erfaring, en række udsagn og undersøgelser fra investeringsbanker og rådgivningsfirmaer om faktiske og forventede forrentninger i forbindelse med egenkapital og investeringer, de bemærkninger, der er fremsat af de berørte parter, samt en beslutning, som Kommissionen allerede har truffet vedrørende kapital, der er stillet til rådighed for en offentlig bank af en medlemsstat.

374 Kommissionen har, støttet af BdB, gjort gældende, at de forklaringer hertil, der er indeholdt i betragtning 206-209 til den anfægtede beslutning, skal læses i deres systematiske sammenhæng og frem for alt på baggrund af de talrige drøftelser om spørgsmålet mellem Kommissionen og deltagerne i den administrative procedure, samt under hensyn til, at Kommissionen har henvist til kriterier, som WestLB var bekendt med som erhvervsdrivende i sektoren.

375 Kommissionen er af den opfattelse, at den i henhold til retspraksis ikke er forpligtet til at fremlægge en detaljeret liste for sagsøgerne over metoderne og informationskilderne eller en redegørelse for den konkrete beregning med angivelse af samtlige beregningsfaktorer (Domstolens dom af 9.11.1995, sag C-466/93, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft m.fl., Sml. I, s. 3799, præmis 16, af 29.2.1996, sag C-122/94, Kommissionen mod Rådet, Sml. I, s. 881, præmis 29, og af 12.11.1998, sag C-352/96, Italien mod Rådet, Sml. I, s. 6937, præmis 41).

376 Kommissionen har anført, at den i forbindelse med anvendelsen af den markedsøkonomiske investors princip har fået stor erfaring vedrørende spørgsmålene om kapitaltilførsler fra offentlige myndigheder, investorernes forventede forrentninger og kapitaltransaktioner inden for sektoren for finansielle tjenesteydelser. Dels har den i den anfægtede beslutning taget hensyn til redegørelsen i First Consultings rapport, der således er med til at begrunde beslutningen, dels har den taget hensyn til de dokumenter, som Forbundsrepublikken Tyskland har fremlagt, hvilket også fremgår af den detaljerede behandling af Lehman Brothers rapport.

377 Kommissionen har gjort gældende, at den anfægtede beslutning kun henviser til beslutning 98/490 om Crédit Lyonnais, i det omfang denne er et eksempel på, at også indgående analyser af den europæiske banksektor og anvendelsen af den markedsøkonomiske investors princip gør det muligt at fastslå, at der skal fastsættes en forventet forrentning på 12% for en investering i en bank. Kommissionen har forklaret, at den ikke blot har overført størrelsen af den sats, der er nævnt i beslutning 98/490, og at den kun har henvist til denne for at understrege, at den godtgørelsessats, der er lagt til grund i den anfægtede beslutning, er passende. Desuden er Forbundsrepublikken Tysklands henvisning til dommen i sagen Alitalia mod Kommissionen irrelevant, da den forrentningssats, der blev anvendt i beslutning 98/490, kun var en af de informationskilder, som Kommissionen benyttede. Satsen indgik heller ikke i undersøgelsen af, om investeringen udgjorde en støtte — som i den beslutning, der var genstand for dommen i sagen Alitalia mod Kommissionen — men tjente alene til at fastslå, om Crédit Lyonnais var levedygtig efter saneringen.

378 Hvad angår beregningen af den forventede mindsteforrentning efter basissatsen på 12% efter selskabsskat, som en investor i 1991 ville have forventet af sin kapital, følger det af betragtning 209 til den anfægtede beslutning, at Kommissionen gik ud fra den gennemsnitlige forrentning i banksektoren, fordi »virksomheder i praksis [er] nødt til at overbevise investorer om, at de vil være i stand til mindst at opnå gennemsnitsforrentninger af den tilførte kapital«. Såfremt »en virksomhed [inden for disse rammer] ikke kan opfylde disse forventninger om den i det mindste gennemsnitlige forrentning, vil investoren overveje at investere i en anden virksomhed, hvor perspektiverne er bedre«.

379 Kommissionen har anført, at sagsøgerne på grundlag af de dokumenter, hvis indhold er specificeret i den anfægtede beslutning, kunne forstå grunden til, at den forventede mindsteforrentning blev fastsat til 12% efter selskabsskat. Den har tilføjet, at denne værdi ikke ligger langt fra de værdier, der blev foreslået i Lehman Brothers-rapporten, som WestLB havde anmodet om blev udarbejdet.

380 Kommissionen har endvidere imødegået delstatens kritik af, at Kommissionen ikke har taget hensyn til tilsvarende virksomheders faktiske forrentning, men for første gang i sin praksis har lagt en forventet fremtidig forrentning, hvoraf der er blevet udledt en mindsteforrentning, til grund, uden at den i den forbindelse har angivet de prognoser, der skulle opstilles, og de væsentlige parametre dertil. Den har medgivet, at den hovedsagelig har taget hensyn til den forventede forrentning, da det er denne, der bestemmer investorens valg, men har anført, at den har redegjort detaljeret for dette forhold (jf. f.eks. betragtning 162, 167, 171, 208 og 209 til den anfægtede beslutning).

381 Endelig har Kommissionen bestridt, at den ikke har taget hensyn til de væsentligste argumenter, som Forbundsrepublikken Tyskland er fremkommet med. Det følger af den anfægtede beslutning, at den på en meget detaljeret og omfattende måde har behandlet alle de interesserede parters udtalelser og argumenter (jf. bl.a. betragtning 121-138 til beslutningen).

Rettens bemærkninger

382 For det første bemærkes, hvad angår Kommissionens begrundelse for valget af en basisforrentningssats beregnet efter skat, at den godtgørelse, der faktisk er blevet betalt af WestLB til delstaten, svarer til en forrentning efter selskabsskat, men før investorens skat. WestLB's faktisk betalte årlige godtgørelse har været på 0,6% efter selskabsskat, eller 1,1% før selskabsskat.

383 I den foreliggende sag har Kommissionen imidlertid fastsat støtteelementet ved hjælp af den godtgørelse efter selskabsskat, der var fastsat for delstaten i henhold

til den omtvistede transaktion, og Kommissionen har sammenlignet den med den godtgørelse, som den fandt passende for denne transaktion. Dette følger først og fremmest af tabel 7 i den anfægtede beslutning (betragtning 232), hvorefter den »[f]aktisk[e] godtgørelse (efter skat)« fratrækkes den »[s]amle[de] godtgørelse i overensstemmelse med markedsforholdene«, og af henvisningen til, at den omhandlede sats svarer til udtalelsen i betragtning 209 til den anfægtede beslutning, at der »kunne forventes en minimumsgodtgørelse på 12% efter skat«. Dette følger endvidere af betragtning 69 til den anfægtede beslutning og af sidste sætning i betragtning 121.

384 Når den af parterne i den omtvistede transaktion faktisk fastsatte godtgørelse, som Kommissionens sammenligning er støttet på, svarer til en forrentning efter selskabsskat og før investorens skat, kunne den af Kommissionen beregnede passende godtgørelse kun svare til den samme forrentningstype for at kunne tjene som grundlag for beregningen af statsstøtteelementet. Dette kan sagsøgerne og Forbundsrepublikken Tyskland ikke have været uvidende om, da Kommissionen ikke blot har forklaret sin opfattelse i sin teoretiske redegørelse, men i konsekvens heraf også har beregnet det præcise støttebeløb, som WestLB skulle betale tilbage, på samme måde.

385 I beslutningens systematik er også den i fodnote 45 indeholdte henvisning til »nettoforrentningen« af betydning. At udtrykket »nettoforrentningen« skal forstås som forrentning efter selskabsskat, men før investorens skat, er en logisk følge af anvendelsen af samme udtryk inden for rammerne af den gennemgang, der er foretaget i den anfægtede beslutning. I beslutningen gennemgås den omtvistede transaktion således ud fra en privat investors synspunkt, for hvem forrentningen efter selskabsskat er afgørende for investeringsvalget.

386 Dermed må det fastslås, at det allerede af den anfægtede beslutnings ordlyd følger, at sagsøgerne og Forbundsrepublikken Tyskland kunne forstå, at den af Kommissionen anvendte basisforrentningssats henviser til en forrentning efter

selskabsskat, men før investorens skat. Sagsøgernes argument om, at det ikke er tilstrækkeligt begrundet, at der er tale om en sats efter skat, må derfor forkastes.

387 I den forbindelse skal WestLB's anmodning om, at Kommissionen pålægges at fremlægge samtlige udkast til den anfægtede beslutning med henblik på at fastslå, hvilken form for basisforrentningssats Kommissionen har anvendt, afslås. Udkastene indeholder intet afgørende aspekt for den legalitetskontrol, som Fællesskabets retsinstanser skal foretage, når en gennemgang af den anfægtede beslutnings ordlyd er tilstrækkelig for at fastslå, om Kommissionen i den henseende har opfyldt begrundelsespligten (jf. de i præmis 92 nævnte afgørelser).

388 For det andet bemærkes, med hensyn til realitetsargumentet om den skattegodtgørelsesprocedure vedrørende selskabsskat, der var gældende i Tyskland på tidspunktet for den omtvistede transaktion (herefter »skattegodtgørelsesproceduren«), at det skal afgøres, om der skal tages hensyn til den skattegodtgørelse, der følger af denne procedure, som en del af investorens afkast, inden for rammerne af beregningen af en passende godtgørelse for den omtvistede transaktion.

389 Denne procedure er i det væsentlige karakteriseret ved, at det beløb, som virksomheden betaler i selskabsskat af sit overskud — for at undgå, at virksomhedernes overskud dobbeltbeskattes — i første omgang, med henblik på fastsættelsen af hver investors skattepligtige indkomst, henregnes til aktionærerne som indkomst i et forhold svarende til deres andel af selskabskapitalen og dermed bliver lagt til det beløb, som investor faktisk har modtaget i udbytte. Den indkomstskat, som investor skal betale, beregnes således ved hjælp af denne sum, men investor får i forbindelse med opgørelsen af sit skattetilsvar en skattegodtgørelse, der svarer til det beløb, som virksomheden har betalt som selskabsskat, i et forhold svarende til investors andel af selskabskapitalen, som således fratrækkes i investorens skat.

390 Sagsøgerne har gjort gældende, at resultaterne af Kommissionens sammenligning af forrentningerne er blevet fordrejet til skade for dem og i modstrid med den markedsøkonomiske investors princip, fordi der ikke er taget hensyn til skattegodtgørelsen som en del af investorens forrentning.

391 I den foreliggende sag skal det indledningsvis fremhæves, at det, som det netop er blevet forklaret (jf. ovenfor i præmis 386), allerede følger af den anfægtede beslutnings ordlyd, at den af Kommissionen anvendte form for basisforrentningssats svarer til en forrentning efter selskabsskat, men før investorens skat, og således kun vedrører det udbytte, der faktisk er udbetalt til investoren. Den forrentning, som Kommissionen har anvendt som udgangspunkt for sin beregning, omfatter således ikke den skattegodtgørelse, som en privat investor på tidspunktet for den omtvistede transaktion kunne have opnået.

392 Det valg, som Kommissionen har truffet, er ikke åbenbart fejlagtigt. I modsætning til private investorer gælder skattegodtgørelsesproceduren ikke for delstaten. Skattegodtgørelsesproceduren har kun til formål at udligne en eventuel dobbeltbeskatning af selskabers overskud. Da delstaten ikke skal betale skat af udbytte, som den modtager fra WestLB, er dette udbytte derfor ikke udsat for dobbeltbeskatning.

393 Under disse omstændigheder kan det forhold, at der ikke er taget hensyn til skattegodtgørelsen ved fastsættelsen af en passende godtgørelse for delstatens investering ikke fordreje den sammenligning, som Kommissionen har foretaget. Sagsøgernes anbringende herom skal derfor forkastes.

394 For det tredje bemærkes hvad angår begrundelsen for størrelsen af den basisforrentningssats, som Kommissionen har anvendt, at den eneste udtalelse herom, som er indeholdt i den anfægtede beslutning, fremgår af betragtning 209, der har følgende ordlyd:

»Som led i undersøgelsen har Kommissionen foruden sin egen erfaring også taget hensyn til en række udsagn og undersøgelser fra investeringsbanker og rådgivningsfirmaer om faktiske og forventede forrentninger i forbindelse med egenkapital og investeringer, også de undersøgelser, der er forelagt af de forskellige parter. På grundlag af disse oplysninger, sin relevante erfaring, markedsstatistikker samt beslutninger, som den allerede har truffet i forbindelse med kapital, der er indskudt af staten, tager Kommissionen udgangspunkt i, at der på overdragelsestidspunktet kunne forventes en minimumsgodtgørelse på 12% efter skat for denne investering med egenkapitalkarakter. [...]«

395 For det første bemærkes, at ordlyden af den anfægtede beslutning ikke i sig selv gør det muligt at udlede, hvilke faktiske omstændigheder og overvejelser der har været af væsentlig betydning for det valg, som Kommissionen i den anfægtede beslutning foretog vedrørende størrelsen af basisforrentningssatsen for at beregne den passende godtgørelse. I den anfægtede beslutning har Kommissionen alene opregnet de informationskilder, der lå til grund for dens valg, men den har ikke gengivet deres indhold på en sådan måde, at den har forklaret, i hvilket omfang og ud fra hvilke overvejelser den har taget hensyn til dem for at vedtage sin beslutning.

396 For det andet bemærkes, at Kommissionens henvisninger heller ikke gør det muligt at forstå dens valg i denne forbindelse. Hvad angår »udsagn og undersøgelser fra investeringsbanker og rådgivningsfirmaer« og »undersøgelser, der er forelagt af de forskellige parter«, bemærkes, at en sådan generel henvisning til dokumenter og udtalelser, hvori der foreslås indbyrdes modstridende fremgangsmåder med forskellige resultater, ikke kan anses for at være egnede

til at forklare begrundelsen for Kommissionens valg. Det bemærkes endvidere, at First Consultings rapport, der kommer tættest på den af Kommissionen anvendte basisforrentningssats, ikke blev meddelt sagsøgerne og Forbundsrepublikken Tyskland før umiddelbart før den mundtlige forhandling i de foreliggende sager.

397 Hvad angår Kommissionens »relevante erfaring« bemærkes, at en sådan henvisning ikke giver nogen begrundelse for de trufne foranstaltninger, der gør det muligt for retsinstanserne at udøve deres legalitetskontrol og for de interesserede parter at varetage deres rettigheder.

398 Med hensyn til de »beslutninger, som [Kommissionen] allerede har truffet i forbindelse med kapital, der er indskudt af staten«, bemærkes, at Kommissionens eneste præcise henvisning i den anfægtede beslutning er henvisningen til beslutning 98/490 om Crédit Lyonnais. Som Kommissionen har anført, er denne sag dog kun et eksempel, der underbygger Kommissionens standpunkt vedrørende fastsættelsen af basisforrentningssatsen i den foreliggende sag. I hvert fald har Kommissionen i den anfægtede beslutning overhovedet ikke forklaret, på hvilken måde en i anden sammenhæng krævet forretning skulle have betydning for den foreliggende sag.

399 For det tredje skal der tages stilling til Kommissionens argument om, at sagsøgerne og Forbundsrepublikken Tyskland kunne forstå Kommissionens valg, fordi de havde deltaget i den administrative procedure og på grund af WestLB's kendskab til forholdene som erhvervsdrivende i sektoren. Kommissionen har i den forbindelse fremhævet, at fastsættelsen af størrelsen af den basisforrentningssats, som den anvendte, kunne forstås i sammenhæng med flere sagkyndige rapporter, der var blevet udvekslet under den administrative procedure, og navnlig, at denne sats ikke ligger langt fra den værdi, der blev nævnt i Lehman Brothers rapport, som WestLB havde fremlagt.

400 Det forhold, at sagsøgerne deltog i proceduren, eller at WestLB er erhvervsdrivende i den pågældende sektor, betyder imidlertid ikke i den foreliggende sag,

at de kunne vide, hvorfor Kommissionen havde fastsat den anvendte basisforrentningssats til den størrelse, den valgte. På samme måde er det forhold, at WestLB har forelagt en rapport, som nævner en forrentningssats, der svarer til Kommissionens, ikke i sig selv tilstrækkeligt til at fastslå, at den anfægtede beslutning i den henseende er begrundet. Det forhold, at der foreligger en sådan rapport, hvori fremgangsmåden og den foreslåede endelige godtgørelse begge er forskellige fra den, der er valgt i den anfægtede beslutning, og hvis indhold overhovedet ikke er gengivet i denne beslutning, kan ikke fritage Kommissionen for at begrunde størrelsen af den sats, den har anvendt.

401 Hvad for det fjerde angår Kommissionens argument om, at den i henhold til retspraksis ikke er forpligtet til at fremlægge en detaljeret liste for sagsøgerne over metoderne og informationskilderne eller en redegørelse for den konkrete beregning, bemærkes, at dette er rigtigt, men da tvisten ikke på dette punkt angår et sådant krav, medfører den nævnte retspraksis ikke, at den anfægtede beslutning er tilstrækkeligt begrundet med hensyn til den omhandlede størrelse af forrentningssatsen.

402 Det er således ikke en manglende udtømmende redegørelse for den konkrete beregning i den anfægtede beslutning, der foreholdes Kommissionen, men ganske enkelt det forhold, at den ikke har redegjort for de væsentligste overvejelser, der har ført til, at den har fastsat forrentningssatsen til den pågældende størrelse.

403 Endelig skal det understreges, at begrundelsespligten i den foreliggende sag så meget desto mere er af grundlæggende betydning, som størrelsen af den af Kommissionen krævede basisforrentningssats udgør et centralt led i beregningen af en passende godtgørelse for den omtvistede transaktion inden for rammerne af den markedsøkonomiske investors princip.

404 Herefter opfylder begrundelsen i den anfægtede beslutning ikke kravene i artikel 253 EF hvad angår fastsættelsen af størrelsen af den basisforrentningssats, der blev anvendt ved beregningen af en passende godtgørelse, til 12%. Sagsøgernes anbringende om tilsidesættelse af begrundelsespligten i den henseende skal derfor tiltrædes.

405 Det følger heraf, at Retten ikke er i stand til at udtale sig om de forskellige argumenter, der bestrider den materielle rigtighed af den anfægtede beslutning med hensyn til satsens størrelse.

ii) Risikotillægget på 1,5%

Parternes argumenter

406 Sagsøgerne er af den opfattelse, at begrundelsen for fastsættelsen af størrelsen af tillægget for risici til 1,5% ikke er tilstrækkelig. I beslutningen henvises der alene til First Consultings rapport, og det forklares ikke, hvordan Kommissionen har fortolket denne. Beslutningen forklarer heller ikke, hvorfor gennemsnitsværdien inden for den spændvidde af procentsatser, som Kommissionen har anset for berettiget i beslutningens fodnote 49, skal betragtes som mindsteværdi. Sagsøgerne har endvidere bestridt betydningen af Kommissionens skrivelse vedrørende virksomheden Sidmar, der er nævnt i fodnote 48 i den anfægtede beslutning, hvad angår fastsættelsen af tillægget. Sagsøgerne har i den forbindelse gjort gældende, at de ikke har haft kendskab til skrivelsen før den foreliggende retssag, og de bestrider, at dens indhold har betydning for den foreliggende sag.

407 Sagsøgerne har endvidere anfægtet den materielle rigtighed af de grunde, som Kommissionen har anført for en forhøjelse af basissatsen for en passende godtgørelse. WestLB har i den forbindelse anmodet Retten om at pålægge Kommissionen at oplyse navnet på den amerikanske bank og de konkrete omstændigheder ved den kapitaltilførsel, som Kommissionen har henvist til i den anfægtede beslutnings fodnote 47.

408 Kommissionen har, støttet af BdB, anført, at der ikke er sket en tilsidesættelse af begrundelsespligten, og har gjort gældende, at dens beslutning i den henseende er materielt rigtig.

409 Kommissionen har anført, at den i betragtning 210 og 215 til den anfægtede beslutning udtrykkeligt har redegjort for de faktorer, der skal tages hensyn til ved fastsættelsen af risikotillægget på 1,5%, samt disse faktorers betydning og indflydelse på den godtgørelse, som en markedsøkonomisk investor ville have krævet for sin kapitaltilførsel. Kommissionen er af den opfattelse, at det forhold, at den har valgt en gennemsnitlig værdi af den højeste og den laveste værdi, som dens sagkyndige havde anført, uden videre er forståeligt på grundlag af det i den anfægtede beslutning anførte. Kommissionen har endvidere anført, at de faktorer, på grund af hvilke der skal foretages en forhøjelse, ligeledes udgør de parametre, der skal anvendes ved fastsættelsen af størrelsen af dette tillæg, og at den, da der ikke foreligger nogen matematisk beregningsmodel for den konkrete størrelse af tillægget, må anvende sit skøn.

410 Kommissionen har endvidere gjort gældende, at det — eftersom den har foretaget alle sine beregninger for at fastsætte en passende godtgørelse på grundlag af værdier efter skat — er logisk, at risikotillægget på 1,5% nødvendigvis er en værdi efter selskabsskat.

411 Kommissionen har også fremhævet, at den i den anfægtede beslutning i fodnote 48 har henvist til en skrivelse, som den den 25. juli 1984 sendte til den belgiske stat med hensyn til virksomheden Sidmar. I denne skrivelse forklares det, at enhver kapitaltilførsel uden stemmeret kan begrunde en forhøjelse på 2%, da

aktier uden stemmeret skal give et præferenceudbytte, der ligger over det normale udbytteniveau. Kommissionen har tilføjet, at den under den administrative procedure har informeret sagsøgerne om sin beslutningspraksis, som er blevet fulgt i den anfægtede beslutning. Kommissionen har konkluderet, at erfarne investorer som WestLB og delstaten — selv om Kommissionen ikke har redegjort nærmere for sin fremgangsmåde — i betragtning af den anvendte lave procentsats, henvisningen til den nævnte skrivelse og de detaljerede drøftelser vedrørende de betingelser, der skal tages hensyn til, uden vanskelighed kunne forstå Kommissionens beslutning.

412 Endelig har Kommissionen til støtte for sin opfattelse vedrørende den anfægtede beslutnings begrundelse med hensyn til det omhandlede tillæg henvist til den retspraksis, der er nævnt ovenfor i præmis 375.

Rettens bemærkninger

413 Hvad angår begrundelsen for tillægget på 1,5% til basisforrentningen bemærkes, at det i betragtning 210 og 215 til den anfægtede beslutning forklares, hvorfor Kommissionen var af den opfattelse, at basisforrentningen skulle forhøjes. Det bemærkes endvidere, at begrundelsen for, at tillægget var en sats efter skat, følger rent logisk af det forhold, at Kommissionen også havde beregnet en basisforrentningssats efter skat.

414 Med hensyn til begrundelsen for selve størrelsen af tillægget bemærkes imidlertid, at der i fodnote 49 i den anfægtede beslutning henvises til First Consultings rapport. I denne fodnote anføres alene, at det i denne rapport, der betegnes som »den ekspertundersøgelse, som Kommissionen har ladet udarbejde«, »fremhæves [...], at den investor, der disponerer ud fra markedsøkonomiske betragtninger, vil forvente et tillæg for hver af disse særlige omstændigheder [, som er nævnt i beslutningens tekst], og henstiller til, at der for alle tre aspekter i alt fastsættes et tillæg på 1-2 procentpoint«.

415 Fodnote 48 har følgende ordlyd:

»Den omstændighed, at aktier uden stemmeret vil skulle give et præferenceudbytte, der ligger over det normale niveau, har Kommissionen allerede fastslået i en række beslutninger (se f.eks. Kommissionens brev til den belgiske stat af 25. juli 1984 med hensyn til virksomheden Sidmar).«

416 Det er imidlertid åbenbart, at den anfægtede beslutnings ordlyd ikke gør det muligt klart at forstå Kommissionens overvejelser vedrørende valget af størrelsen af det omhandlede tillæg. Før retssagen havde sagsøgerne heller ikke hverken adgang til First Consultings rapport eller til skrivelsen vedrørende virksomheden Sidmar, som de først fik indsigt i umiddelbart før den mundtlige forhandling i de foreliggende retssager. Endvidere vedrører denne skrivelse, der stammer fra juli 1984, en belgisk stålvirksomhed, og det er ikke muligt at forstå, hvorfor en begrundelse vedrørende denne virksomhed på daværende tidspunkt skulle kunne finde anvendelse på den omtvistede transaktion.

417 Hvad angår Kommissionens argumentation under henvisning til den retspraksis, der er nævnt i ovenfor i præmis 375, skal denne forkastes af de samme grunde som dem, der er nævnt ovenfor i præmis 401 og 402. Hertil kommer, at begrundelsen for fastsættelsen af tillægssatsen i den foreliggende sag ikke lever op til de krav, der stilles i den nævnte retspraksis.

418 Det følger heraf, at begrundelsen i den anfægtede beslutning ikke opfylder kravene i artikel 253 EF hvad angår tillægget på 1,5% til den basisforrentningssats, der blev anvendt til at beregne en passende godtgørelse. Sagsøgernes anbringende om tilsidesættelse af begrundelsespligten i denne henseende skal derfor tiltrædes.

419 Det følger heraf, at Retten ikke er i stand til at udtale sig om argumenterne vedrørende den materielle rigtighed af den anfægtede beslutning med hensyn til dette punkt. På denne baggrund er det ikke længere nødvendigt at tage stilling til sagsøgerens begæring i sag T-228/99 om, at Kommissionen pålægges at oplyse navnet på den amerikanske bank og de konkrete omstændigheder ved den kapitaltilførsel, som Kommissionen har henvist til i fodnote 47 i den anfægtede beslutning.

VI — *Resultat*

420 Gennemgangen af alle de anbringender, der er gjort gældende i de foreliggende sager, har vist, at den anfægtede beslutning er behæftet med en begrundelsesmangel med hensyn til to faktorer, der er blevet anvendt ved beregningen af en passende godtgørelse for den omtvistede transaktion, dels med hensyn til størrelsen af basisforrentningssatsen på 12%, dels med hensyn til størrelsen af tillægget på 1,5% til denne basisforrentningssats (jf. ovenfor i præmis 394-404 og 414-418). Disse faktorer er af væsentlig betydning i den anfægtede beslutnings generelle systematik. Den anfægtede beslutning skal derfor annulleres.

Sagsomkostningerne

421 Ifølge procesreglementets artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da Kommissionen har tabt sagen, og sagsøgerne har nedlagt påstand om, at Kommissionen betaler sagens omkostninger, pålægges det Kommissionen at bære sine egne omkostninger og at betale sagsøgernes omkostninger.

422 I henhold til procesreglementets artikel 87, stk. 4, bærer Forbundsrepublikken Tyskland sine egne omkostninger. Intervenienten BdB, der ikke har fået medhold i sine påstande, bærer sine egne omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Udvidede Afdeling)

1) **Kommissionens beslutning 2000/392/EF af 8. juli 1999 om Forbundsrepublikken Tysklands foranstaltning til fordel for Westdeutsche Landesbank — Girozentrale annulleres.**

2) **Kommissionen betaler sagsøgernes omkostninger og bærer sine egne omkostninger.**

3) **Forbundsrepublikken Tyskland og Bundesverband deutscher Banken eV bærer deres egne omkostninger.**

Moura Ramos Tiili Pirrung

Mengozzi Meij

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 6. marts 2003.

H. Jung R.M. Moura Ramos

Justitssekretær Afdelingsformand

Indhold

Sagens baggrund ..... II- 447

I — Sagens rammer ..... II- 447

A — Egenkapitalkrav i henhold til egenkapitaldirektivet og solvensdirektivet .. II- 448

B — WestLB ..... II- 449

C — WfA ..... II- 450

D — Integreringen af WfA i WestLB ..... II- 451

II — Den administrative procedure ..... II- 454

III — Den anfægtede beslutning ..... II- 456

A — Generel vurdering ..... II- 458

B — Undersøgelsen vedrørende den passende godtgørelse for kapitalen ..... II- 461

Retsforhandlinger og parternes påstande ..... II- 466

Realiteten ..... II- 469

I — Det første anbringende om, at Kommissionen ikke havde kompetence til at vedtage den anfægtede beslutning ..... II- 471

A — Parternes argumenter ..... II- 471

B — Rettens bemærkninger ..... II- 474

II — Det andet anbringende om, at retten til kontradiktion er blevet tilsidesat ..... II- 478

A — Parternes argumenter ..... II- 478

B — Rettens bemærkninger ..... II- 481

III — Det tredje anbringende om, at beslutningen er behæftet med væsentlige formelle mangler ..... II- 485

A — Første led: Forbundsrepublikken Tysklands ret til at blive hørt ..... II- 485

1. Parternes argumenter ..... II- 485

2. Rettens bemærkninger ..... II- 487

B — Andet led: fejlagtige konstateringer om faktiske omstændigheder ..... II- 493

1. Parternes argumenter ..... II- 493

2. Rettens bemærkninger ..... II- 494

C — Tredje led: tilsidesættelse af neutralitetsprincippet ..... II- 495

1. Parternes argumenter ..... II- 495

2. Rettens bemærkninger ..... II- 495

IV— Det fjerde anbringende om tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF og artikel 295 EF med hensyn til fortolkningen af begrebet statsstøtte ..... II- 496

A — Første led: spørgsmålet, om der er tale om statsmidler ..... II- 497

1. Parternes argumenter ..... II- 497

2. Rettens bemærkninger ..... II- 499

B — Andet led: ulovlig udvidelse af statsstøttebegrebet ..... II- 500

1. Tilsidesættelse af artikel 295 EF ..... II- 501

a) Parternes argumenter ..... II- 501

b) Rettens bemærkninger ..... II- 502

2. Anvendelse af den markedsøkonomiske investors princip på en rentabel virksomhed ..... II- 505

a) Parternes argumenter ..... II- 505

b) Rettens bemærkninger ..... II- 507

3. Krav om en gennemsnitlig forrentning i den pågældende sektor af kapital tilført af en offentlig investor ..... II- 509

a) Parternes argumenter ..... II- 509

i) Spørgsmålet, om kravet om en gennemsnitlig forrentning er uforeneligt med artikel 87, stk. 1, EF ..... II- 510

ii) Spørgsmålet, om den anfægtede beslutning er i modstrid med Kommissionens meddelelse fra 1993, Kommissionens hidtidige praksis og retspraksis ..... II- 514

iii) Spørgsmålet, om artikel 295 EF er tilsidesat på grund af kravet om en gennemsnitlig forrentning ..... II- 515

b) Rettens bemærkninger ..... II- 518

V — Det femte og det sjette anbringende om, at begrundelsespligten samt artikel 87, stk. 1, EF og artikel 295 EF er blevet tilsidesat, for det første med hensyn til, om der er tale om statsmidler, for det andet med hensyn til, at den omtvistede transaktion efter Kommissionens opfattelse fordrejer konkurrencen og påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne, og for det tredje med hensyn til Kommissionens anvendelse af den markedsøkonomiske investors princip ..... II- 527

A — Første led: tilsidesættelse af begrundelsespligten med hensyn til, om der er tale om statsmidler ..... II- 529

1. Parternes argumenter ..... II- 529

2. Rettens bemærkninger ..... II- 529

B — Andet led: tilsidesættelse af begrundelsespligten og af artikel 87, stk. 1, EF med hensyn til, at den omtvistede transaktion fordrejer konkurrencen og påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne ..... II- 530

1. Parternes argumenter ..... II- 530

2. Rettens bemærkninger ..... II- 532

C — Tredje led: tilsidesættelse af artikel 87, stk. 1, EF og artikel 295 EF med hensyn til Kommissionens anvendelse af den markedsøkonomiske investors princip og tilsidesættelse af begrundelsespligten med hensyn til visse beregningskriterier for en passende godtgørelse ..... II- 535

1. Anbringendet om, at der ikke er taget hensyn til de særlige kendetegn ved den omtvistede transaktion ..... II- 536

a) Parternes argumenter ..... II- 536

b) Rettens bemærkninger ..... II- 538

2. Spørgsmålet om en passende godtgørelse for de 3,4 mia. DEM af WfA-formuen, der ikke kunne anvendes som sikkerhed for WestLB's egne transaktioner ..... II- 546

a) Parternes argumenter ..... II- 546

b) Rettens bemærkninger ..... II- 547

3. Spørgsmålet om en passende godtgørelse for de 2,5 mia. DEM af WfA-formuen, der kunne anvendes som sikkerhed for WestLB's egne transaktioner ..... II- 549

a) Spørgsmålet, om overdragelsen af WfA-formuen kan sammenlignes med egenkapitalinstrumenter ..... II- 549

Parternes argumenter ..... II- 549

Rettens bemærkninger ..... II- 550

b) Nødvendigheden af at forhøje delstatens kapitalinteresser i WestLB II- 551

Parternes argumenter ..... II- 551

Rettens bemærkninger ..... II- 551

c) Den endelige forrentningssats på 9,3% ..... II- 552

i) Basisforrentningssatsen på 12% ..... II- 552

Parternes argumenter ..... II- 552

Rettens bemærkninger ..... II- 559

ii) Risikotillægget på 1,5% ..... II- 566

Parternes argumenter ..... II- 566

Rettens bemærkninger ..... II- 568

VI — Resultat ..... II- 570

Sagsomkostningerne ..... II- 570