# YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIMEN TUOMIO (laajennettu toinen jaosto)

6 päivänä maaliskuuta 2003 *

Asioissa T-228/99 ja T-233/99,

**Westdeutsche Landesbank Girozentrale**, kotipaikka Düsseldorf (Saksa), edustajanaan asianajaja F. Montag, prosessiosoite Luxemburgissa,

**Land Nordrhein-Westfalen**, edustajanaan asianajaja M. Schütte, prosessiosoite Luxemburgissa,

kantajina,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

joita tukee

**Saksan liittotasavalta**, asiamiehenään W.-D. Plessing, avustajanaan asianajaja H.-F. Wissel,

väliintulijana,

vastaan

**Euroopan yhteisöjen komissio**, asiamiehinään K.-D. Borchardt ja V. Kreuschitz, prosessiosoite Luxemburgissa,

vastaajana,

jota tukee

**Bundesverband deutscher Banken eV**, kotipaikka Berliini (Saksa), edustajanaan asianajaja H.-J. Niemeyer,

väliintulijana,

joissa kantajat vaativat yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta kumoamaan toimenpiteestä, jonka Saksan liittotasavalta on toteuttanut Westdeutsche Landesbank Girozentralen (WestLB) hyväksi, 8 päivänä heinäkuuta 1999 tehdyn komission päätöksen 2000/392/EY (EYVL 2000, L 150, s. 1),

EUROOPAN YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN (laajennettu toinen jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja R. M. Moura Ramos sekä tuomarit V. Tiili, J. Pirrung, P. Mengozzi ja A. W. H. Meij,

kirjaaja: hallintovirkamies D. Christensen,

ottaen huomioon kirjallisessa käsittelyssä sekä 5.6. ja 6.6.2002 pidetyssä suullisessa käsittelyssä esitetyn,

on antanut seuraavan

**tuomion**

## Riita-asian tausta

I *Riita-asian taustalla olevat tosiseikat*

1 Käsiteltävänä olevat asiat koskevat Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalenin (jäljempänä WfA) yhdistämistä Westdeutsche Landesbank Girozentraleen (jäljempänä WestLB) (jäljempänä luovutus tai riidanalainen toimenpide).

A *Omia varoja ja vakavaraisuutta koskevissa direktiiveissä asetetut omia varoja koskevat edellytykset*

2 Luottolaitosten vakavaraisuussuhteesta 18 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/647/ETY (EYVL L 386, s. 14) ja luottolaitosten omista varoista 17 päivänä huhtikuuta 1989 annetun neuvoston direktiivin 89/299/ETY (EYVL L 124, s. 16) mukaan pankeilla on oltava omia varoja vähintään 8 prosenttia taseensa riskipainotetusta vastaavasta ja taseen ulkopuolisista riskiliiketoimista. Näiden direktiivien perusteella Kreditwesengesetziin (Saksan luottolaitoksia koskeva laki) tehtiin muutoksia 1.1.1992 ja uudet vaatimukset tulivat voimaan 30.6.1993.

3 Kyseisissä direktiiveissä asetetusta uudesta 8 prosentin vähimmäisarvosta vähintään puolet on oltava "peruspääomaa", joka on luottolaitoksen käytössä välittömästi ja rajoituksetta mahdollisten tappioiden kattamiseksi. Peruspääomalla on pankin kokonaisvarannolle pankkivalvonnan kannalta ratkaiseva merkitys, koska "lisäpääomaa" eli toissijaisia omia varoja hyväksytään pankin riskiliiketoimien vakuudeksi ainoastaan käytettävissä olevan peruspääoman verran.

4 Pankin omien varojen määrä rajoittaa sen mahdollisuuksia myöntää suuria lainoja. WfA:n luovutuksen aikaan voimassa olleen Kreditwesengesetzin 13 §:n mukaan yksittäinen suuri luotto sai olla enintään 50 prosenttia luottolaitoksen omista varoista ja arvoltaan yli 15 prosenttia omista varoista olevien yksittäisten suurten luottojen yhteenlaskettu määrä sai olla enintään kahdeksan kertaa omien varojen suuruinen. Sen jälkeen kun Kreditwesengesetziä muutettiin vuonna 1994 sen mukauttamiseksi luottolaitosten suurten riskikeskittymien valvonnasta ja tarkastamisesta 21 päivänä joulukuuta 1992 annetun neuvoston direktiivin

92/121/ETY (EYVL 1993, L 29, s. 1) säännöksiä vastaavaksi, yksittäisen luoton suurin mahdollinen määrä oli 25 prosenttia pankin omista varoista ja arvoltaan yli 10 prosenttia pankin omista varoista olevien yksittäisten suurten luottojen yhteenlaskettu määrä sai olla enintään kahdeksan kertaa omien varojen suuruinen.

5 Luottolaitosten liiketoiminnan aloittamiseen ja harjoittamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta ja direktiivin 77/780/ETY muuttamisesta 15 päivänä joulukuuta 1989 annetun neuvoston toisen direktiivin 89/646/ETY (EYVL L 386, s. 1) 12 artiklassa rajoitetaan luottolaitosten osakeomistusten määrää muissa luotto- ja rahoituslaitoksissa. Kreditwesengesetzin 12 §:ssä, joka ei perustu yhteisön lainsäädäntöön mutta jollaisia on säädetty myös muissa jäsenvaltioissa, pitkäaikaisten sijoitusten kokonaismäärä — mukaan lukien osuudet rahoitusalan ulkopuolisissa yrityksissä — rajoitetaan enintään pankin omien varojen kokonaismäärän suuruiseksi. Saksan pankkien piti sopeutua omia varoja koskeviin uusiin vaatimuksiin 30.6.1993.

B *WestLB*

6 WestLB on Nordrhein-Westfalenin osavaltion (jäljempänä osavaltio) lain mukainen julkisoikeudellinen luottolaitos. WestLB:n tunnustetut omat varat olivat 31.12.1991 5,1 miljardia Saksan markkaa (DEM). Tämän osavaltion lainsäädännön mukaan WestLB:llä on kolme tehtävää. Se toimii osavaltion paikallisten säästökassojen keskuspankkina ja 17.7.1992 lähtien myös Brandenburgin osavaltion säästökassojen keskuspankkina. Se toteuttaa valtiollisen ja kunnallisen pankin tehtäviä ja erityisesti rahoitustoimenpiteitä osakkeenomistajiensa lukuun. Se suorittaa myös yleiseen pankkitoimintaan kuuluvia tehtäviä.

7 WestLB on sataprosenttisesti julkisen sektorin omistuksessa. Sen suurin osakkeenomistaja on Nordrhein-Westfalenin osavaltio (43,2 prosenttia osakkeista), ja muut omistajat ovat Landschaftsverband Rheinland ja Landschaftsverband Westfalen-Lippe (Reininmaan ja Westfalen-Lippen alueen kuntien yhteenliittymät), joilla kummallakin on 11,7 prosentin osuus osakkeista, sekä Rheinischer Sparkassen- und Giroverband ja Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband (Reininmaan ja Westfalen-Lippen alueen säästökassojen yhdistykset), joilla kummallakin on 16,7 prosentin osuus osakkeista. Nämä luovutuksen aikaan vallinneet omistussuhteet pysyivät ennallaan ainakin 8.7.1999 saakka.

8 WestLB-konserni on taseensa perusteella Deutsche Bank AG:n ja Dresdner Bank AG:n jälkeen Saksan kolmanneksi suurin luottolaitos. WestLB-konserni tarjoaa rahoituspalveluja yrityksille ja julkisille laitoksille, ja se toimii myös kansainvälisillä pääomamarkkinoilla, jossa se toimii sekä omaan lukuunsa että muiden velkainstrumentteja liikkeeseen laskevien laitosten lukuun. Monien muiden saksalaisten yleispankkien tapaan myös WestLB omistaa rahoituslaitosten ja yritysten osakkeita. Vuonna 1997 merkittävä osuus WestLB:n liiketoiminnasta toteutettiin Saksan ulkopuolella.

C *WfA*

9 WfA perustettiin vuonna 1957, ja se toimi 31.12.1991 saakka Saksassa julkisoikeudellisena laitoksena; tällöin se oli itsenäinen oikeushenkilö. Sen osakepääoma oli 100 miljoonaa DEM, ja osavaltio oli sen ainoa omistaja. Lainsäädännön mukaan WfA:n yksinomaisena tehtävänä oli edistää asuntojen rakentamista myöntämällä matalakorkoisia tai korottomia lainoja. Yleishyödyllisen toimintansa vuoksi laitos oli vapautettu yhteisöverosta, varallisuusverosta ja liikeomaisuusverosta.

10 Koska Wfa oli julkisoikeudellinen laitos, siihen sovellettiin sen kaikkien sitoumusten mahdollisten tappioiden osalta osavaltion takaajan vastuuta. Luovutuksen jälkeen nämä takaukset ovat säilyneet ennallaan.

D *WfA:n yhdistäminen WestLB:hen*

11 Wfa luovutettiin WestLB:lle 1.1.1992 osavaltion maapäivien 18.12.1991 antaman Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderungin (laki asuntorakentamiselle maksettavan tuen sääntelystä) mukaisesti.

12 Lain perusteluissa luovutusta perustellaan lähinnä WestLB:n omien varojen kasvattamisella, jotta luottolaitos kykenisi noudattamaan 30.6.1993 voimaan tulleita omaa pääomaa koskevia ankarampia määräyksiä. Lisäksi WfA:n ja WestLB:n asuntorakentamista tukevien toimintojen yhdistämisen oli määrä parantaa niiden tehokkuutta.

13 Luovutuksen yhteydessä osavaltio kumosi noin 7,4 miljardin DEM:n suuruisen takauksen, joka koski asuntorakentamisen tukemiseen tarkoitettuihin lainoihin liittyviä WfA:n sitoumuksia.

14 WestLB:stä tuli WfA:n yleisseuraaja (lukuun ottamatta ennen luovutusta kumottua asuntorakentamisen tukemiseen liittyvien osavaltion velkojen takausta). WfA:sta tuli WestLB:n sisällä taloudellisesti ja organisatorisesti riippumaton julkisoikeudellinen laitos, joka ei ollut itsenäinen oikeushenkilö. WfA:n oma

pääoma ja vararahasto on näin ollen merkittävä WestLB:n taseessa erityisvararahastoiksi. Osavaltio vastaa takaajan vastuulla edelleen WfA:n sitoumusten mahdollisista tappioista.

15 WfA:n omaisuuden eli sen oman pääoman, vararahastojen, osavaltion asuntorakentamisrahaston ja muiden saatavien sekä rakennuslainojen takaisinmaksusta tulevaisuudessa saatavien tuottojen käyttötarkoituksena on WestLB:hen yhdistämisen jälkeenkin edellä 11 kohdassa mainitun lain 2 §:n 16 momentin toisen kohdan mukaisesti asuntorakentamisen tukeminen. Tässä laissa säädettiin kuitenkin, että luovutettu omaisuus oli tästä lähtien samalla Kreditwesengesetzissä ja näin ollen myös direktiivissä 89/299/ETY tarkoitettua omaa pääomaa, jonka perusteella pankin vakavaraisuussuhde lasketaan ja joka on myös WestLB:n kilpailuun perustuvan liiketoiminnan vakuutena.

16 WestLB:n osakkeenomistajat muuttivat luovutuksen vuoksi kokonaissopimusta ja sopivat, että asuntorakentamisen tukemiseen tarkoitetut varat on määrä säilyttää, vaikka WestLB kärsisi tappioita, joiden vuoksi se joutuisi kajoamaan osakepääomaansa. WfA:n pääomaa voidaan käyttää sisäisesti vakuutena vasta sen jälkeen, kun WestLB:n muita omia varoja on käytetty vakuutena. Kokonaissopimuksessa täsmennettiin, että WestLB:n osakkeenomistajien vastuu laitoksen mahdollisista tappioista kattaa myös WfA:n erityisvararahastot. Jos WestLB asetettaisiin konkurssiin, osavaltiolla olisi ensisijainen oikeus WfA:n pääomaan. Lisäksi todettiin, että WfA:n yhdistämisestä aiheutuva WestLB:n oman pääoman korottaminen merkitsi osavaltion rahallista suoritusta ja että osakkeenomistajien oli sovittava tästä suoritettavan vuotuisen korvauksen suuruudesta heti, kun vuoden 1992 jälkeisten tilivuosien ensimmäiset tulokset olivat käytettävissä. Myöhemmin kokonaissopimukseen tehtiin tältä osin 11.11.1993 päivätty pöytäkirjahuomautus. Siinä todettiin, että jos toiminta on voitollista, WestLB maksaisi osavaltiolle vuotuista korvausta, jonka suuruus on 0,6 prosenttia verojen jälkeen, WfA:n pääoman siitä osasta, jota voidaan käyttää WestLB:n toiminnan vakuutena.

17 Tästä WfA:n omaisuuden turvaamiseksi tehdystä sisäisestä sopimuksesta huolimatta WfA:n varojen käyttötarkoituksia eli niiden käyttämistä asuntorakentamisen tukemiseen tai WestLB:n vakuuspääomana sen ulkoisissa suhteissa rahoittajiinsa nähden ei ole asetettu ensisijaisuusjärjestykseen. Luovutetut omaisuuserät ovat suoraan ja rajoituksetta WestLB:n käytettävissä tappioiden kattamiseen tai, jos yhtiö asetetaan konkurssiin, velkojien saatavien kattamiseen.

18 Osavaltion ja WestLB:n välisessä asuntorakentamistukilakiin liittyvässä liiketoimintasopimuksessa määrätään, että WestLB voi käyttää erityisvararahastoja oman liiketoimintansa vakuutena ainoastaan, jos WfA:lle laissa säädetyt tehtävät täytetään.

19 WfA menetti oikeudellisesti itsenäisen asemansa muuttuessaan asuntorakentamisen tukemisesta vastaavaksi WestLB:n osastoksi. Sen liiketoimintaa ei ole kuitenkaan täysin yhdistetty WestLB:hen. WfA on WestLB:n sisällä edelleen erillinen yksikkö, jonka nimeksi on annettu Wohnungsbauförderungsanstalt Nordhein-Westfalen - Anstalt der Westdeutschen Landesbank Girozentrale (osavaltion asuntorakentamisen tukilaitos — WestLB:n laitos). WestLB:n uusi asuntorakentamisen tukiosasto otetaan kylläkin huomioon WestLB:n kirjanpidossa, mutta sillä on myös oma tase. WestLB:n aiempi asuntorakentamisen tukiosasto yhdistettiin WfA:han.

20 WfA:n osakepääomana, vararahastoina, muina omaisuuserinä ja tulevina voittoina luovutetun omaisuuden käyttötarkoituksena on edelleen asuntorakentamisen tukeminen, ja sitä on näin ollen myös hoidettava erillään WestLB:n muusta liiketoiminnasta. Tämä erillisyys on samalla edellytys sille, että asuntorakentamisen tukemiseen liittyvää toimintaa voidaan Saksan vero-oikeuden mukaan edelleen pitää yleishyödyllisenä toimintana. Näin ollen WfA:n nauttimia verovapautuksia ei poistettu.

II *Hallinnollinen menettely*

21 Bundesverband deutscher Banken eV (Saksan pankkiyhdistys; jäljempänä BdB), joka edustaa noin 300 yksityistä Saksassa toimivaa pankkia, pyysi 23.3.1993 päivätyllä kantelullaan komissiota aloittamaan EY 226 artiklan mukaisen menettelyn Saksan liittotasavaltaa vastaan. BdB:n mukaan Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (liittovaltion luottotarkastusvirasto) on rikkonut neuvoston direktiivin 89/299/ETY 4 artikla 1 kohtaa, kun se on hyväksynyt sen, että WestLB:n kanssa fuusioituneen WfA:n omaisuutta pidetään WestLB:n omina varoina.

22 BdB ilmoitti 31.5.1994 päivätyllä kirjeellään komission kilpailupääosastolle omaisuuden luovuttamisesta ja väitti, että luovutus vääristää kilpailua WestLB:n eduksi. BdB teki 21.12.1994 varsinaisen kantelun, jossa se pyysi komissiota aloittamaan EY 88 artiklan 2 kohdan mukaisen menettelyn Saksan liittotasavaltaa vastaan. Helmikuussa ja maaliskuussa 1995 sekä joulukuussa 1996 kymmenen yksittäistä BdB:n jäsenpankkia yhtyi BdB:n tekemään kanteluun.

23 Voidakseen arvioida, merkitsikö omaisuuden luovutus valtiontukea, komissio pyysi Saksan liittotasavallan viranomaisilta 12.1., 9.2., 10.11. ja 13.12.1993 sekä 16.1.1996 päivätyillä kirjeillään lisätietoja. Nämä lisätiedot toimitettiin sille 2.2. ja 16.3.1993, 8.3.1994, 12.4. ja 26.4.1996 sekä 14.1.1997 päivätyillä kirjeillä. Lisäksi eri osapuolet, joita asia koskee, lähettivät asiakirjoja ja kirjeitä. Komission edustajat tapasivat useaan otteeseen Saksan viranomaisten, WestLB:n ja muiden alueellisten pankkien sekä kantelijoiden edustajia.

24 Tämän tietojen vaihdon jälkeen komissio aloitti EY 88 artiklan 2 kohdan mukaisen menettelyn 1.10.1997 tekemällään päätöksellä (jäljempänä menettelyn aloittamispäätös). Komissio katsoi päätöksessään, että riidanalainen toimenpide on todennäköisesti EY 87 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua tukea ja että se tarvitsee lisätietoja voidakseen arvioida asiaa tarkemmin. Se tarvitsi ennen kaikkea tietoja toimenpiteistä, joilla osavaltio varmistaa, että se saa kohtuullisen osuuden lisävoitoista, jotka WestLB voi saada pääoman lisääntymisen johdosta. Lisäksi se tarvitsi tietoja sen vaikutuksista, ettei luovutettu pääoma ole luonteeltaan maksuvalmiutta parantavaa, ettei osavaltion vaikutusvalta WestLB:ssä ole kasvanut ja että kiinteä korvaus on etuoikeusasemassa, sekä kohtuullisen korvauksen määrittämiseen liittyvien muiden tekijöiden vaikutuksista. Se tarvitsi myös tietoja WestLB:n liiketoiminnan vakuutena olevan WfA:n pääoman määrästä, tämän määrän ylittävästä ja WestLB:n taseesta ilmenevästä määrästä, verovapautuksista, velkojen kumoamisesta, WestLB:n kannattavuudesta ja mahdollisista synergiaeduista.

25 Saksan hallitukselle on ilmoitettu 23.10.1997 päivätyllä kirjeellä päätöksestä aloittaa EY 88 artiklan 2 kohdassa tarkoitettu menettely. Luottamuksellisten tietojen poistamisesta julkaisemista varten sovittiin 7.11. ja 25.11. sekä 2.12.1997 päivätyillä kirjeillä. Määräajan pidennyksen jälkeen, jota oli pyydetty 19.11.1997 päivätyllä kirjeellä ja joka oli myönnetty 1.12.1997 päivätyllä kirjeellä, Saksan hallitus esitti huomautuksensa 27.2.1998 päivätyllä kirjeellä.

26 Komission päätös menettelyn aloittamisesta julkaistiin Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä 5.5.1998 (EYVL C 140, s. 9). Siinä komissio kehotti henkilöitä, joita asia koskee, esittämään huomautuksensa kyseessä olevasta toimenpiteestä. Komissio vastaanotti huomautuksia WestLB:ltä (19.5.1998), Association française des banques -nimiseltä järjestöltä (26.5.1998), British Bankers' Association -nimiseltä järjestöltä (2.6.1998) ja BdB:ltä (4.6.1998). Nämä huomautukset toimitettiin Saksan hallitukselle 15.6.1998 päivätyllä kirjeellä lausuntoa varten, jonka komissio sai 11.8.1998 päivätyllä kirjeellä.

27 Tapaamiset järjestettiin BdB:n edustajien kanssa 15.1. ja 16.9.1998 sekä WestLB:n edustajien kanssa 9.9.1998. Komission virkamiehet kutsuivat 22.9.1998 päivätyllä kirjeellä Saksan viranomaiset, WestLB:n ja BdB:n yhteiseen kokoukseen käsittelemään kyseiseen asiaan liittyviä eri näkökohtia. BdB toimitti tietoja 30.10.1998 päivätyllä kirjeellä. Kokous näiden kolmen osapuolen kanssa pidettiin 10.11.1998.

28 Tämän jälkeen komission virkamiehet pyysivät Saksan viranomaisilta ja BdB:ltä lisätietoja ja asiakirjoja 16.11.1998 päivätyllä kirjeellä. Määräajan pidennyksen jälkeen BdB toimitti pyydetyt tiedot 14.1.1999 päivätyllä kirjeellä. Määräajan pidennyksen jälkeen Saksan viranomaiset toimittivat tietoja 15.1.1999 päivätyillä kahdella kirjeellä ja 7.4.1999 päivätyllä kirjeellä. Koska Saksan viranomaiset eivät luovuttaneet komissiolle tiettyjä tietoja, komissio antoi määräyksen kyseisten tietojen toimittamisesta 3.3.1999 tehdyllä päätöksellä, joka annettiin Saksan hallitukselle tiedoksi 24.3.1999 päivätyllä kirjeellä. Määräajan pidennyksen jälkeen Saksan hallitus noudatti määräystä 22.4.1999 päivätyllä kirjeellä.

29 Komissio teetti puolueettoman tutkimuksen kohtuullisesta korvauksesta, jota osavaltion olisi vaadittava WfA:n yhdistämisestä WestLB:hen. Tämän toimeksiannon saanut konsulttiyritys (First Consulting) osallistui myös kolmen osapuolen kesken 10.11.1998 pidettyyn kokoukseen.

III *Riidanalainen päätös*

30 Komissio teki 8.7.1999 päätöksen 2000/392/EY toimenpiteestä, jonka Saksan liittotasavalta on toteuttanut Westdeutsche Landesbank Girozentralen (WestLB) hyväksi (EYVL 2000, L 150, s. 1; jäljempänä riidanalainen päätös). Päätös

annettiin 4.8.1999 tiedoksi Saksalle, joka tiedotti siitä osavaltiolle 6.8.1999 päivätyllä kirjeellä. Osavaltio ilmoitti asiasta WestLB:lle 9.8.1999 päivätyllä kirjeellä, jonka WestLB vastaanotti samana päivänä. Päätöksen päätösosa kuuluu seuraavasti:

"*1 artikla*

Valtiontuki, jonka Saksa on myöntänyt yritykselle Westdeutsche Landesbank Girozentrale ja jonka määrä on yhteensä 1 579 700 000 Saksan markkaa (807 700 000 euroa) vuosina 1992—1998, ei sovellu yhteismarkkinoille.

*2 artikla*

1. Saksan on toteutettava kaikki tarvittavat toimenpiteet 1 artiklassa tarkoitetun ja tuensaajalle sääntöjenvastaisesti maksetun tuen kumoamiseksi ja sen perimiseksi takaisin.

2. Tuki on perittävä takaisin kansallisen lainsäädännön mukaisten menettelyjen mukaisesti. Takaisinperittävään tukeen sisällytetään korko alkaen siitä, kun tuki asetettiin tuensaajan käyttöön, tuen todelliseen takaisinperintään asti. Korko perustuu aluetukien avustusekvivalenttien laskennassa käytettyyn viitekorkoon.

*3 artikla*

Saksan on ilmoitettava komissiolle kahden kuukauden kuluessa tämän päätöksen tiedoksiantamisesta sen noudattamiseksi toteuttamansa toimenpiteet.

— — "

A *Yleisarvio*

31 Riidanalaisen päätöksen perustelukappaleissa komissio arvioi kyseessä olevaa toimenpidettä. Tämä arviointi voidaan esittää pääosiltaan seuraavasti.

32 Aluksi kilpailun vääristymisen ja jäsenvaltioiden kauppaan kohdistuvien vaikutusten osalta komissio katsoo, että palvelujaan tarjotessaan WestLB kilpailee Euroopan muiden pankkien kanssa Saksan ulkopuolella ja myös Saksassa. Näin ollen WestLB:lle myönnettävät tuet vääristävät kilpailua ja vaikuttavat jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Vastaaja katsoo, että koska pankki voi toimia ja laajentaa liiketoimintaansa vain, jos sillä on riittävä hyväksytty oma pääoma, WestLB:n vakavaraisuuden takaava valtion toimenpide vaikutti välittömästi WestLB:n liiketoimintamahdollisuuksiin.

33 Tämän jälkeen komissio katsoo, että kyseessä oleva toimenpide on julkisten pääomien luovutusta yritykselle. Koska näillä pääomilla on kaupallista arvoa ja niistä ei makseta riittävää korvausta, ne ovat EY 87 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuja valtion varoja.

34 Tutkiessaan sitä, suosiiko valtion varojen luovuttaminen julkiselle yritykselle kyseistä yritystä ja voiko se näin ollen olla EY 87 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua valtiontukea, komissio soveltaa "markkinataloudessa toimivaa sijoittajaa" koskevaa periaatetta.

35 Komissio esittää tämän jälkeen yksityiskohtaisesti toimenpidettä koskevan arviointinsa, joka on tehty markkinataloudessa toimivaa sijoittajaa koskevan periaatteen valossa.

36 Komissio toteaa ensiksi, että huolimatta siitä, että EY 295 artiklan mukaan EY:n perustamissopimus ei korvaa eri jäsenvaltioiden omistusoikeusjärjestelmiä, tämä ei kuitenkaan oikeuta rikkomaan yhteisön kilpailusääntöjä. Komissio katsoo tämän vuoksi, ettei se kyseenalaista jäsenvaltioiden oikeutta perustaa erityisrahastoja yleisen taloudellisen edun mukaisten tehtävien täyttämiseksi. Jos julkisia varoja ja muita varoja käytetään liiketoimintaan, on kuitenkin sovellettava markkinasääntöjä. Tämän vuoksi valtion on päättäessään käyttää julkisiin tarkoituksiin varattua pääomaa myös kaupallisiin tarkoituksiin komission mukaan vaadittava tästä markkinaehtojen mukainen korvaus.

37 Toiseksi toimenpiteen erityisluonteen osalta vastaaja väittää, että jos jäsenvaltio päätyy nyt kyseessä olevan kaltaiseen toimenpiteeseen, on tutkittava tarkoin, missä määrin yrityksen kilpailuperiaatteella toimiva osa hyötyy siitä taloudellisesti.

38 Kolmanneksi komissio korostaa, että yksi tapa saada käytettäväksi annetusta pääomasta kohtuullinen tuotto olisi voinut olla osavaltion omistusosuuden kasvattaminen WestLB:ssä. Koska tätä ei ollut tehty, riidanalaisen päätöksen mukaan osavaltion olisi markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatteen mukaan pitänyt vaatia, että käyttöön annetusta pääomasta maksetaan kohtuullinen korvaus muulla tavoin. Muussa tapauksessa osavaltio myöntäisi komission mukaan WestLB:lle edun, joka olisi valtiontukea.

39 Neljänneksi vastaaja selvittää, kuinka se on määrittänyt pääoman, jonka perusteella korvaus lasketaan. Kohtuullisen korvauksen vahvistamiseksi oli erotettava toisistaan WfA:n erityisvararahaston eri osat sen perusteella, mitä hyötyä niistä oli WestLB:lle.

40 Komissio huomauttaa, että WestLB:n taseeseen omaksi pääomaksi merkittiin 5,9 miljardia DEM. Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (liittovaltion luottotarkastusvirasto) hyväksyi peruspääomaksi ainoastaan 4 miljardia DEM. Viimeksi mainitusta määrästä WestLB voi käyttää kilpailun alaisen toimintansa laajentamiseen ainoastaan 2,5 miljardia DEM omana pääomana ja vakavaraisuutta koskevien säännösten mukaisesti, ja tätä osuutta olisi käytettävä osavaltiolle maksettavan korvauksen ensisijaisena perustana. Jäljelle jäävää 1,5 miljardia DEM käytetään WfA:n asuntorakentamisen tukitoiminnan vakuutena. Taseessa näkyy yhä 1,9 miljardia DEM, mutta tämän määrän ei katsota vastaavan vakavaraisuuden vaatimusten täyttämiseksi tarvittavia omia varoja. Näin ollen WestLB:n taseessa näkyvä määrä, jota ei kuitenkaan voida käyttää pankin kilpailun alaisen toimintansa laajentamiseen, on 3,4 miljardia DEM. Kuitenkin koska tämä määrä antaa pankin rahoittajille kuvan sen vakaudesta, sitä voidaan ainakin taloudellisesti verrata vakuuteen — vaikka se näkyykin pankin taseessa omana pääomana. Koska tästä määrästä on näin ollen WestLB:lle myös taloudellista hyötyä, markkinataloudessa toimiva sijoittaja olisi vaatinut siitä korvauksen. Tämä korvaus on kuitenkin pienempi kuin korvaus 2,5 miljardin DEM:n määrästä, jota voidaan käyttää WestLB:n kilpailun alaisen toiminnan laajentamiseen.

41 Viidenneksi komissio selvittää yksityiskohtaisesti, kuinka se on määrittänyt pääomasta maksettavan kohtuullisen korvauksen.

B *Pääomasta maksettavan kohtuullisen korvauksen arviointi*

42 Aluksi komissio katsoo, että EY:n perustamissopimuksen valtiontukia koskevien määräysten valossa toimenpidettä on pidettävä pääoman korottamisena eikä vakuutena ja että on arvioitava tästä maksettavaa korvausta. Komissio voi kuitenkin kohtuullisen korvauksen laskemiseksi rinnastaa osan tästä pääomasta vakuuteen, koska WestLB ei voi käyttää sitä tavanomaisen oman pääoman tavoin sen erityisluonteen vuoksi.

43 Komissio korostaa, että WfA:n yhdistämistä WestLB:hen on sen erityisluonteen vuoksi vaikea verrata markkinoilla esiintyvään rahoitusinstrumenttiin, ja selvittää ensiksi ne syyt, joiden perusteella se katsoo, että Saksan hallituksen tekemä vertailu sekamuotoisiin oman pääoman instrumentteihin ei WfA:n pääoman erityispiirteiden vuoksi sovellu käytettäväksi kyseisestä pääomasta maksettavan kohtuullisen korvauksen määrittämisperusteena.

44 Toiseksi komissio viittaa siihen, miten maksuvalmiuden puuttuminen vaikuttaa pääomasta maksettavan korvauksen laskemiseen. WfA:n pääoman luovuttaminen ei parantanut WestLB:n maksuvalmiutta, koska luovutettua pääomaa ja WfA:n kaikkia tuloja on lain mukaan käytettävä edelleen asuntorakentamisen tukemiseen. WestLB vastaa näin ollen koko pääoman ylimääräisistä rahoituskustannuksista, kun se hankkii rahoitusmarkkinoilta varat, jotka se tarvitsee laajentaakseen oman pääoman korotuksen tarjoamia toimintamahdollisuuksia. Näiden ylimääräisten rahoituskustannusten osalta, joita tavanomaisesta omasta pääomasta ei aiheudu, on kohtuullista korvausta laskettaessa tehtävä niitä vastaava alennus.

45 WestLB:n ja Saksan hallituksen kannasta poiketen komissio katsoo kuitenkin, ettei jälleenrahoituskorkoa voida ottaa huomioon kokonaisuudessaan. WestLB:lle luovutetun pääoman erityisluonteesta aiheutuvina ylimääräisinä kustannuksina on otettava huomioon ainoastaan nettokustannukset. Komissio myöntää kuitenkin yleisesti, että WestLB:lle aiheutuu ylimääräisiä "maksuvalmiuskustannuksia", joiden suuruus vastaa "verotuksen jälkeisiä jälleenrahoituskustannuksia". Komissio hyväksyy Saksan hallituksen esittämän korvauksen suuruutta koskevan lausunnon, jossa kohtuullisena pitkän aikavälin jälleenrahoituskorkona pidetään 8,26 prosentin korkoa. Saksan veroastetta soveltaen nettorahoituskustannuksiksi saadaan 4,2 prosenttia.

46 Kolmanneksi komissio selvittää, kuinka se on laskenut kohtuulliseksi korvaukseksi 2,5 miljardia DEM, joka vastaa WestLB:n käytettävissä olevan oman pääoman korotusta.

47 Komissio huomauttaa, että komission palkkaamat ulkopuoliset asiantuntijat katsovat, että lähtökohtana olisi käytettävä pankkialan tavanomaista sijoitustuottoa, jota olisi mukautettava toimenpiteen erityispiirteiden mukaisesti. Lisäksi komissio on tutkimuksessaan ottanut huomioon useita investointipankkien ja konsulttiyritysten lausuntoja ja tutkimuksia oman pääoman ja investointien tosiasiallisista ja odotettavissa olevista tuotoista sekä eri osapuolten toimittamat huomautukset.

48 Komissio toteaa, että näiden tietojen, asiaa koskevien kokemustensa, markkinatilastojen ja aikaisempien valtiontukia koskevien päätöstensä perusteella komissio käyttää arviointinsa lähtökohtana tälle pääoman korotukselle luovutuksen tapahtuma-aikana odotettua verojen jälkeistä 12 prosentin vähimmäistuottoa.

49 Komissio otti kohtuullista korvausta laskiessaan huomioon myös sen, että markkinataloudessa toimiva sijoittaja olisi vaatinut sijoitetusta pääomasta maksettavan korvauksen korottamista markkinaehtojen mukaan toimenpiteen erityispiirteiden vuoksi.

50 Tätä korotusta voidaan perustella kolmella tekijällä. Ensinnäkin luovutettu omaisuus oli määrältään suuri, sen merkitys oli WestLB:lle vakavaraisuusmääräysten kannalta ratkaiseva, ja WestLB:n tuotto oli muiden pankkien keskimääräistä tuottoa alhaisempi. Tämän lisäksi WfA:n yhdistäminen WestLB:hen lisäsi osavaltiolle WestLB:n maksukyvyttömyystilanteessa aiheutuvaa riskiä. Osavaltio ei saanut yhdistämisen ansiosta lainkaan äänivaltaa WestLB:ssä. Voidakseen ottaa tällaisen riskin ilman, että se saisi suuremman vaikutusvallan yrityksessä, markkinataloudessa toimiva sijoittaja vaatisi vastapainoksi sijoituksestaan suuremman korvauksen. Lopuksi osavaltion sijoitusta voidaan verrata pysyvään äänioikeudettomiin osakkeisiin tehtävään sijoitukseen. WfA:n luovutukseen liittyvien erityisolosuhteiden vuoksi osavaltiolla ei ole mahdollisuutta ottaa takaisin pääomaansa ja päättää näin ollen sijoitustaan. Tämän vuoksi komissio katsoo, että kohtuulliseksi katsottava vähimmäiskorotus on toimenpiteen erityispiirteiden vuoksi 1,5 prosenttia.

51 Komissio katsoo, että kohtuullinen korvaus kyseisestä pääomasta olisi 9,3 prosenttia, eli 12 prosentin tavanomainen sijoituksen tuotto korotettuna 1,5 prosentilla toimenpiteen erityispiirteiden vuoksi ja alennettuna 4,2 prosentilla niiden jälleenrahoituskustannusten vuoksi, jotka WestLB:lle aiheutuvat siitä, ettei luovutettua omaisuutta voida käyttää maksuvalmiuden parantamiseen.

52 Neljänneksi komissio selvittää, kuinka se laski kohtuulliseksi korvaukseksi 3,4 miljardia DEM, joka sisältyy WestLB:n taseeseen mutta jota se ei voi käyttää kilpailunalaisen toimintansa laajentamiseen. Komissio huomauttaa, että se mainitsi EY 88 artiklan 2 kohdan mukaisen menettelyn aloittamista koskevassa päätöksessään 0,3 prosentin koron, jonka Saksan hallitus oli ilmoittanut WestLB:n kaltaiselta pankilta perittäväksi kohtuulliseksi takauspalkkioksi. Se katsoo, että kyseinen määrä on suurempi kuin vastaavilla pankkitakauksilla

tavallisesti katettava määrä ja että vaikka pankkitakaukset liittyvät yleensä tiettyihin liiketoimiin ja ovat määräaikaisia, WfA:n erityisvararahasto on sen sijaan WestLB:n käytettävissä rajoittamattoman ajan. Komission mukaan nämä tekijät edellyttävät korvauksen korottamista noin 0,5—0,6 prosentilla. Koska takauspalkkiot luetaan tavallisesti liiketoiminnan kuluiksi, ja ne siten vähentävät verotettavaa tuottoa, ja koska osavaltiolle WfA:n pääomasta maksettava korvaus maksetaan voitosta verojen jälkeen, korkoa on mukautettava. Komission mukaan 0,3 prosentin korvaus verojen jälkeen on näin ollen kohtuullinen korvaus tällaisesta pääomasta.

53 Viidenneksi komissio katsoo, että osavaltiolle ja WfA:lle viimeksi mainitun yhdistämisestä WestLB:hen mahdollisesti aiheutuvia synergiaetuja ja säästöjä ei voida pitää vastikkeena peruspääoman luovutuksesta WestLB:lle. Koska nämä synergiaedut eivät vähennä luovutetun pääoman käyttömahdollisuuksia eivätkä lisää luovutuksesta WestLB:lle aiheutuvia kustannuksia, niiden ei pitäisi myöskään vaikuttaa sen korvauksen suuruuteen, jonka markkinataloudessa toimiva sijoittaja voi vaatia pankilta tämän käytettäväksi myönnetystä omasta pääomasta. Sen sijaan komissio myöntää, että WestLB:n vuonna 1992 WfA:n eläkekuluja varten maksama 33 miljoonan DEM:n määrä on osa WestLB:n luovutuksesta maksamaa korvausta.

54 Lopuksi komissio määrittää kyseessä olevaan toimenpiteeseen sisältyvän valtiontuen osuuden edellä esitettyjen pääomaa ja siitä maksettavaa korvausta koskevien laskelmien perusteella. Komissio katsoo, että markkinoilla tavanomaisen käytännön mukaisia ovat verojen jälkeen laskettu 9,3 prosentin korvaus siitä pääoman osasta, jota WestLB voi käyttää liiketoimintansa vakuutena, eli vuoden 1993 lopussa 2,5 miljardista DEM:sta, ja verojen jälkeen laskettu 0,3 prosentin korvaus WestLB:n taseeseen omana pääomana kirjatun 5,9 miljardin DEM:n ja edellä mainitun määrän erotuksesta eli vuoden 1993 lopussa 3,4 miljardista DEM:sta. Komission mukaan huomioon on otettava myös

0,6 prosentin korvaus, jonka WestLB on vuodesta 1993 lähtien maksanut siitä määrästä, jota se voi käyttää liiketoimintansa vakuutena. Komissio katsoo lisäksi sen, että WestLB otti vastattavakseen WfA:n eläkemaksut vuonna 1992, olevan osavaltiolle maksettua lisäkorvausta. Tukiosuudeksi lasketaan todellisten maksujen ja niiden maksujen erotus, jotka vastaavat markkinaolosuhteita. Komission mukaan vuosina 1992—1998 näin lasketun tuen kokonaismäärä on 1 579 700 000 DEM.

55 Markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatteen soveltamista käsiteltävänä olevaan toimenpiteeseen koskevien huomautusten jälkeen komissio esitti arvionsa tämän toimenpiteen muista näkökohdista ja loppupäätelmänsä.

56 Komissio toteaa, että WestLB:n "WfA-osaston" asuntorakentamisen tukemistoiminnan vapauttaminen verosta kasvattaa WfA:n voittoja (tai vähentää sen tappioita) ja että näin ollen WfA:n netto-omaisuus voi kasvaa. Siten WestLB:llä voi olla käytössään enemmän omaisuutta kilpailun alaisen liiketoimintansa vakuudeksi. Tämän osan kasvaessa kasvaa kuitenkin myös osavaltiolle maksettavan korvauksen perustana oleva määrä. Komissio katsoo tältä osin, että jos korvaus vahvistetaan kohtuullisen suuruiseksi, asuntorakentamisen tukemisen vapauttaminen verosta ei johda kilpailun vääristymiseen WestLB:n hyväksi. Komissio huomauttaa, että edellä 51 ja 52 kohdassa esitettyjen laskelmien mukaan kohtuullinen korvaus on 9,3 prosenttia WestLB:n käytettävissä olevan oman pääoman korottamisen osalta ja 0,3 prosenttia sen määrän osalta, joka sisältyy WestLB:n taseeseen mutta jota se ei voi käyttää kilpailun alaisen toimintansa laajentamiseen.

57 Komissio katsoo, että takausvelvoitteen poistaminen on nostanut WfA:n arvoa. Koska WestLB:n maksettavaksi tuleva korvaus laskettiin arvioimalla WfA:ta kyseisen vapauttamisen jälkeen eli kyseisen arvonnousun huomioon ottamisen

jälkeen, takauksen kumoamista ei voida pitää WestLB:lle koituvana hyötynä, kunhan korvaus on markkinaehtoinen.

58 Komissio toteaa edellä esitetyn arvioinnin perusteella, että kaikki EY 87 artiklan 1 kohdassa mainitut edellytykset täyttyvät ja että tuen ei voida katsoa soveltuvan yhteismarkkinoille, koska käsiteltävänä olevaan asiaan ei voida soveltaa EY 86 artiklan 2 kohdan tai EY 87 artiklan 2 ja 3 kohdan poikkeusmääräyksiä.

**Oikeudenkäyntimenettely ja asianosaisten vaatimukset**

59 Kantajat ovat nostaneet käsiteltävänä olevat kanteet ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimeen 12.10.1999 saapuneilla kannekirjelmillä.

60 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen laajennetun neljännen jaoston puheenjohtaja hyväksyi 22.8.2000 antamallaan määräyksellä Saksan liittotasavallan väliintulijaksi tukemaan kantajien vaatimuksia ja BdB:n väliintulijaksi tukemaan vastaajan vaatimuksia.

61 Kyseisessä määräyksessä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutki kantajien vaatimuksen luottamuksellisesta käsittelystä ja myönsi tällaisen käsittelyn tiettyjen asiakirjoihin sisältyvien tietojen osalta. Tätä määräystä oikaistiin 23.10.2000 annetulla määräyksellä.

62 Kuultuaan asian osapuolia ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen laajennetun neljännen jaoston puheenjohtaja yhdisti 11.7.2001 antamallaan määräyksellä asiat suullista käsittelyä sekä tuomion antamista varten ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 50 artiklan mukaisesti.

63 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen jaostojen kokoonpanon 20.9.2001 voimaantulleen muutoksen vuoksi esittelevä tuomari nimettiin laajennettuun toiseen jaostoon, ja tämän vuoksi käsiteltävänä olevat asiat siirrettiin tähän jaostoon.

64 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin (laajennettu toinen jaosto) päätti esittelevän tuomarin kertomuksen perusteella aloittaa suullisen käsittelyn. Kantajat, vastaaja ja Saksan liittotasavalta vastasivat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämiin kirjallisiin kysymyksiin ja vastaaja toimitti asiakirjat, jotka oli pyydetty prosessinjohtotoimenpiteenä.

65 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen laajennetun toisen jaoston puheenjohtaja myönsi 29.5.2002 antamallaan määräyksellä väliaikaisesti kantajien vaatiman luottamuksellisen käsittelyn yhteen edeltävässä kohdassa mainituista asiakirjoista sisältyvien tiettyjen tietojen osalta.

66 Asianosaisten ja väliintulijoiden lausumat ja vastaukset ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin kuultiin 5.6. ja 6.6.2002 pidetyssä istunnossa.

67 Tässä istunnossa väliintulijat eivät, vaikka niiltä oli sitä nimenomaisesti pyydetty, esittäneet huomautuksia kantajien vaatimuksesta, joka koski niiden tiettyjen tietojen luottamuksellista käsittelyä, jotka sisältyivät yhteen komission ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen pyynnöstä toimittamista asiakirjoista. Näin ollen on vahvistettava määräys, jossa väliaikaisesti myönnettiin näiden tietojen luottamuksellinen käsittely.

68 WestLB vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— kumoaa riidanalaisen päätöksen ja

— velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

69 Osavaltio vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— kumoaa riidanalaisen päätöksen

— velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut ja

— toteaa, että BdB vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan.

70 Väliintulija Saksan liittotasavalta vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— kumoaa riidanalaisen päätöksen ja

— velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

71 Komissio vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— hylkää kanteet perusteettomina ja

— velvoittaa kantajat korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

72 Väliintulija BdB vaatii, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin

— hylkää kanteet perusteettomina ja

— velvoittaa kantajat korvaamaan oikeudenkäyntikulut, mukaan lukien sille aiheutuneet oikeudenkäyntikulut.

## Aineellinen kysymys

73 Kanteensa tueksi WestLB esittää viisi kanneperustetta, jotka koskevat sitä, ettei komissiolla enää eroamisensa jälkeen ollut toimivaltaa tehdä riidanalaista päätöstä, että komission kokoonpano on ollut säännöstenvastainen, että puolustautumisoikeuksia on loukattu, että perusteluvelvollisuutta on laiminlyöty ja että EY 87 artiklan 1 kohtaa on rikottu. Osavaltio esittää neljä kanneperustetta, jotka koskevat komission toimivallan puuttumista ja sen kokoonpanon säännöstenvastaisuutta, puolustautumisoikeuksien loukkaamista, olennaisten muotomääräysten rikkomista sekä EY 87 artiklan 1 kohdan ja EY 295 artiklan rikkomista.

74 Kantajat ilmoittivat istunnossa vastauksenaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen esittämiin kysymyksiin, että ne luopuvat kanneperusteesta, joka koskee sitä, että komission kokoonpano oli riidanalaista päätöstä tehtäessä säännöstenvastainen.

75 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tarkastelee ensiksi kanneperustetta, joka koskee komission toimivallan puuttumista, toiseksi kanneperustetta, joka koskee puolustautumisoikeuksien loukkaamista, kolmanneksi kanneperustetta, joka koskee olennaisten muotomääräysten rikkomista siltä osin kuin kyse on siitä, että Saksan liittotasavallan oikeutta tulla kuulluksi on väitteen mukaan rikottu, että tosiseikat on väitteen mukaan todettu virheellisesti ja että neutraalisuusperiaatetta on väitteen mukaan loukattu.

76 Neljänneksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutkii kanneperustetta, joka koskee EY 87 artiklan 1 kohdan ja EY 295 artiklan rikkomista siltä osin kuin kyse on komission riidanalaisessa päätöksessä esittämästä valtiontuen käsitteen tulkinnasta. Viimeiseksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tarkastelee kanneperustetta, joka koskee perusteluvelvollisuuden laiminlyömistä, yhdessä sen toissijaisen kanneperusteen kanssa, joka koskee kahden edellä mainitun määräyksen rikkomista siltä osin kuin kyse on siitä, että komissio soveltaa markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta (jäljempänä myös yksityissijoittajan periaate).

I *Ensimmäinen kanneperuste, joka koskee sitä, ettei komissiolla ollut toimivaltaa tehdä riidanalaista päätöstä*

A *Asianosaisten lausumat*

77 Kantajat katsovat, että komission 16.3.1999 tapahtuneen eroamisen vuoksi sen toimivalta ulottui riidanalaisen päätöksen tekohetkellä ainoastaan juoksevien ja kiireellisten asioiden hoitamiseen. Koska päätös ei kuulu tähän luokkaan, se olisi kumottava.

78 Kantajat väittävät ensiksi, että koska kaikkien komission jäsenten kollegion vapaaehtoisen eroamisen oikeudellisia vaikutuksia ei ole nimenomaisesti määritetty EY:n perustamissopimuksessa, on sovellettava analogisesti EY 201 artiklan toisen kohdan toista virkettä, koska se on ainoa perustamissopimuksen määräys, joka koskee kaikkien komission jäsenten eroamista yhdessä. Tämän vuoksi komission toimivalta ulottui kantajien mukaan ainoastaan juoksevien asioiden hoitamiseen.

79 Käsiteltävänä olevassa asiassa ei voida soveltaa EY 215 artiklaa. Kantajien mukaan komission eroaminen ei ollut vapaaehtoinen, sillä sen tarkoituksena oli yksinomaan ennakoida varmasti odotettavissa ollutta Euroopan parlamentin epäluottamuslauseen antamista. Osavaltio lisää, että vaikka perustamissopimuksessa komission toimivalta rajoitetaan epäluottamuslauseen hyväksymistapauksessa juoksevien asioiden hoitamiseen, on varmasti EY 201 artiklan tehokkaan vaikutuksen vastaista sallia se, että komissio kiertää tämän rajoituksen ennakoivan vapaaehtoisen eroamisen avulla. Lisäksi osavaltio katsoo, että EY 201 artiklan kiertämisen välttämiseksi kaikkien komission jäsenten erotessa on sovellettava samaa rajoitusta kuin mitä sovelletaan silloin, kun on annettu epäluottamuslause.

80 Lisäksi eroavan komission toimivallan rajoittaminen juokseviin asioihin johtuu myös jäsenvaltioiden oikeusjärjestelmistä johdettavasta yhteisön oikeuden yleisestä periaatteesta. Tältä osin osavaltio viittaa komission oikeudellisen yksikön 9.1.1995 antamaan lausuntoon.

81 Kantajat katsovat vielä, että kaikkien komission jäsenten eroamista ei voida pitää sarjana yksittäisiä eroamisia. EY 215 artikla koskee ainoastaan yhden tai useamman komission jäsenen eroamista, ja siinä oletetaan näin ollen, että yhä on olemassa toimiva komissio, jota voidaan täydentää. Kantajat katsovat, että kaikkien komission jäsenten eroamisen pitäminen yksittäisten eroamisten summana laajentaisi lainvastaisesti EY 215 artiklan soveltamisalaa ja rajoittaisi parlamentin oikeuksia uuden komission nimittämismenettelyssä. Kantajat kiistävät sen, että parlamentti voisi antaa komissiolle epäluottamuslauseen jopa kaikkien komission jäsenten eroamisen jälkeen, ja huomauttavat, että parlamentin presidentti on jättänyt käsittelemättä tällaista epäluottamuslausetta koskevan aloitteen.

82 Toissijaiseksi kantajat väittävät, että vastaajan toimivalta rajoittui juoksevien ja kiireellisten asioiden hoitamiseen myös sen vuoksi, että komissiota sitoi sen 17.3.1999 tekemä julistus sekä 23.3.1999 antamat suuntaviivat, jotka koskivat toimintaa, johon se aikoi rajoittua eronsa vuoksi. Tältä osin WestLB huomauttaa, että yhteisöjen tuomioistuin on usein todennut, että komission yleiset julistukset sitovat tätä, vaikkei niitä ole tehty EY 249 artiklassa tarkoitetun oikeustoimen muodossa (asia C-313/90, CIRFS ym. v. komissio, tuomio 24.3.1993, Kok. 1993, s. I-1125, Kok. Ep XIV, s. I-95, 34—36 kohta; asia T-380/94, AIUFFASS ja AKT v. komissio, tuomio 12.12.1996, Kok. 1996, s. II-2169, 57 kohta ja asia T-149/95, Ducro v. komissio, tuomio 5.11.1997, Kok. 1997, s. II-2031, 61 kohta).

83 Toiseksi kantajat väittävät, että riidanalainen päätös on valtiontukioikeuden malli- ja ennakkotapaus eikä näin ollen juokseva tai kiireellinen asia.

84 Kantajat katsovat, että riidanalainen päätös on selvästi tärkeämpi kuin juoksevien asioiden hoitotoimet. WfA:n yhdistäminen WestLB:hen eroaa kaikista muista valtiontuiksi katsottavista toimista erityisen rakenteensa vuoksi. Lisäksi komissio sovelsi kantajien mukaan markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta ensimmäistä kertaa terveeseen yritykseen vaatimalla siltä sitä, että julkisen sektorin sijoittajan sijoittamalle pääomalle maksetaan kyseisen alan keskimääräistä tuottoa (jäljempänä keskimääräinen tuotto). Kyseessä on menettely, jonka lopputulos vaikuttaa ratkaisevasti muihin samankaltaisiin asioihin.

85 Kantajat lisäävät, ettei sillä, onko kyseinen menettely aloitettu ennen eroamista, ole minkäänlaista merkitystä, sillä muuten komissio voisi työskennellä samalla tavoin kuin ennen eroamistaan. Vastaajan väitteestä, jonka mukaan varsinaisen tutkintamenettelyn aikana ei ollut tarpeen arvioida uusia tosiseikkoja tai olosuhteita, osavaltio puolestaan toteaa, että tutkimuksen todellinen merkitys päinvastoin kävi ilmi tämän menettelyn aikana ja että ainoastaan menettelyn lopettamispäätös on ratkaiseva. Kun otetaan huomioon käsiteltävänä olevan asian erityispiirteet ja ensisijainen merkitys, menettelyn lopettamista koskevaa riidanalaista päätöstä ei voida pitää päätöksenä, joka kuuluisi komission juoksevien asioiden hoitoon.

86 Kantajien mukaan päätös ei koske myöskään kiireellistä asiaa. Komission ei tarvinnut toimia välttääkseen yhteisölle tai asianosaisille aiheutuvia lisävahinkoja. Valtiontukimenettelylle ei ollut asetettu määräaikaa. Lisäksi menettely oli aloitettu jo vuonna 1994.

87 Osavaltio huomauttaa myös, että komission aiempi käytäntö siirtymäkaudella tukee sen kantaa, jonka mukaan komissiolla ei ollut enää toimivaltaa tehdä riidanalaista päätöstä, koska kyse ei ollut viranomaisen juoksevien asioiden hoitoon kuuluvasta tavallisesta asiasta eikä myöskään kiireellisestä asiasta. Ainoa komissio, jonka toimikausi oli päättynyt ja joka jatkoi tehtäviensä hoitamista

uuden komission nimittämiseen asti, oli J. Delorsin johtama komissio, joka siirtymäkaudella noudatti tiukasti periaatetta olla tekemättä muita kuin juoksevia asioita tai todella kiireellisiä asioita koskevia päätöksiä. Kyseisellä siirtymäkaudella ei tehty yhtään päätöstä valtiontukien varsinaisen tutkintamenettelyn lopettamisesta.

88 Komissio, jota BdB tukee, kiistää sen, että J. Santerin johtaman komission eroaminen vuoden 1999 maaliskuussa olisi rajoittanut oikeudellisesti sen toimivaltaa hoitaa juoksevia asioita, ja toissijaisesti väittää, että riidanalainen päätös on tehty tällaisessa yhteydessä.

89 Vastaaja katsoo, ettei osavaltion toimittamaa, edellä 80 kohdassa mainittua komission oikeudellisen yksikön lausuntoa voida hyväksyä, koska se on sisäinen asiakirja ja saatu haltuun laittomasti. Vastaaja vaatii ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta poistamaan tämän asiakirjan asian T-233/99 asiakirjoista työjärjestyksen 64 artiklan 4 kohdan mukaisesti.

B *Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta*

90 Aluksi on arvioitava työjärjestyksen 49 artiklan ja 64 artiklan 4 kohdan mukaisesti komission vaatimusta, jonka mukaan komission oikeudellisen yksikön lausunto komission toimivallan laajuudesta sen jäsenten toimikauden päättymisen jälkeen olisi poistettava asian T-233/99 asiakirjoista.

91 Koska kyseessä oleva asiakirja on komission sisäinen asiakirja ja koska osavaltio ei ole kyennyt osoittamaan sitä, että se on saanut sen haltuunsa sääntöjenmukaisesti, vastaajan vaatimus on hyväksyttävä (ks. vastaavasti asia 31/86, LAISA v. neuvosto, määräys 15.10.1986, 5 kohta, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa ja asia T-610/97 R, Carlsen ym. v. neuvosto, presidentin määräys 3.3.1998, Kok. 1998, s. II-485, 36—41 ja 45—49 kohta).

92 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo myös, ettei tämä lausunto sisällä yhteisöjen tuomioistuinten harjoittaman laillisuusvalvonnan kannalta mitään ratkaisevaa seikkaa (ks. vastaavasti asia 212/86, ICI v. komissio, määräys 11.12.1986, 5—8 kohta, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa; asia C-308/90, Advanced Nuclear Fuels v. komissio, määräys 20.3.1991, 12 kohta, ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa ja asia T-9/89, Hüls v. komissio, tuomio 10.3.1992, Kok. 1992, s. II-499, 85 ja 86 kohta).

93 Tällä kanneperusteella kantajat vetoavat riidanalaisen päätöksen lainvastaisuuteen sillä perusteella, että komission toimivalta rajoittui juoksevien ja kiireellisten asioiden hoitamiseen ja että päätös ei koskenut tällaista asiaa.

94 On tutkittava, voidaanko riidanalaisen päätöksen katsoa koskevan juoksevaa asiaa riippumatta siitä, oliko komission toimivalta tätä päätöstä tehtäessä rajoitettu.

95 Kantajat väittävät, että päätös koski toimenpidettä, joka erottui muista komission käsittelemistä toimenpiteistä erityisen rakenteensa perusteella, ja että komissio sovelsi markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta ensimmäistä kertaa terveeseen yritykseen vaatimalla siltä keskimääräistä tuottoa. Lisäksi riidanalainen päätös on muihin samankaltaisiin asioihin nähden ennakkotapaus.

96 Aluksi on todettava, että riidanalainen päätös ei ollut uusi poliittinen aloite, joka ylittäisi juoksevien asioiden hoitamiseen rajoitetun komission toimivallan.

97 On todettava, että vaikka käsiteltävänä oleva asia on joiltain osin erilainen kuin vastaajan aiemmin käsittelemät valtiontukiasiat, komissio sovelsi riidanalaisessa päätöksessä joka tapauksessa ainoastaan pitkän ajan kuluessa vakiintuneiden sääntöjen ja periaatteiden muodostamaa oikeudellista järjestelmää.

98 Tämä kuuluu komissiolle EY 211 artiklalla määrättyyn valvontatehtävään ja erityisesti sen velvollisuuteen valvoa EY 87 artiklan 1 kohdan soveltamista siten, että taataan se, että jäsenvaltion myöntämä taikka valtion varoista muodossa tai toisessa myönnetty tuki ei vääristä tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä.

99 Tällaisella velvollisuudella toteutetaan yhtä yhteisön keskeisistä tehtävistä eli EY 3 artiklan 1 kohdan mukaisesti sen takaamista, ettei kilpailu sisämarkkinoilla vääristy.

100 Tämän vuoksi on katsottava, että riidanalainen päätös koskee asiaa, joka kuuluu juoksevien asioiden hoitoon.

101 Kantajat eivät myöskään voi katsoa, että komission tapa soveltaa yhteisön oikeutta käsiteltävänä olevassa asiassa poistaisi asialta tällaisen luonteen.

102 Sen osalta, että markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta sovelletaan terveisiin yrityksiin, on todettava, että komissio on jo aiemmin tutkinut sitä, ovatko tietyt toimenpiteet tämän periaatteen mukaisia, huolimatta siitä, että tästä toimenpiteestä hyötyvä yritys tuotti voittoa (Ranskan SFMI-Chronopostille myöntämäksi väitetystä tuesta 1 päivänä lokakuuta 1997 tehty komission päätös 98/365/EY, EYVL L 164, s. 37, I.B ja II kohta), ja että komissio ilmoitti tällaisesta lähestymistavasta jo vuonna 1993 jäsenvaltioille [EY 87 ja 88] artiklan ja julkisista yrityksistä annetun komission direktiivin 80/723/ETY 5 artiklan soveltamisesta antamansa tiedonannon (EYVL C 307, s. 3; jäljempänä vuoden 1993 komission tiedonanto, ks. jäljempänä 211 kohta) 22 ja 23 kohdassa.

103 Keskimääräistä tuottoa koskevan vaatimuksen osalta on katsottava, että keskimääräinen tuotto on ainoastaan markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatteen soveltamisen analyyttinen keino (ks. jäljempänä 243—277 kohta).

104 Näin ollen se, että riidanalainen päätös saattoi olla muihin samankaltaisiin asioihin nähden ennakkotapaus, ei sulje pois myöskään toteamusta, jonka mukaan käsiteltävänä olevan asian on katsottava kuuluvan juoksevien asioiden hoitoon.

105 Käsiteltävänä oleva kanneperuste on näin ollen hylättävä ilman, että on tarpeen lausua sen väitteen pätevyydestä, joka koskee komission toimivallan väitettyä rajoittumista sen eroamisen vuoksi.

II *Toinen kanneperuste, joka koskee puolustautumisoikeuksien loukkaamista*

A *Asianosaisten lausumat*

106 Kantajat väittävät Saksan liittotasavallan tukemina, että komissio loukkasi kantajien sekä Saksan liittotasavallan oikeutta tulla kuulluksi, kun se ei antanut niiden tutustua First Consultingin asiantuntijalausuntoon ja kahteen BdB:n kirjeeseen, jotka oli päivätty 30.10.1998 ja 14.1.1999 (jäljempänä BdB:n kirjeet), eikä näin ollen antanut niille mahdollisuutta esittää näkemyksiään näistä asiakirjoista, mukaan lukien viimeksi mainittuun kirjeeseen liitetty professori Schulte-Mattlerin lausunto. Osavaltio huomauttaa lisäksi, että komissio käytti päätöksessään verojen jälkeen laskettua kohtuullisen tuoton määrää, joka oli näin ollen selvästi suurempi kuin määrä, joka oli odotettavissa menettelyn taustalla olevan BdB:n kantelun ja varsinaisen tutkintamenettelyn aloittamista koskevan päätösluonnoksen mukaan, joissa mainittiin ennen veroja laskettu määrä. Koska Saksan liittotasavalta ja osavaltio eivät voineet esittää tältä osin huomautuksiaan, puolustautumisoikeuksia on loukattu.

107 Kantajat ja Saksan liittotasavalta korostavat, että First Consultingin kertomus on riidanalaisen päätöksen perustelujen olennainen osa.

108 Ensiksi kantajat väittävät, että valtiontukimenettelyssä tehdyn päätöksen kohteena olevan jäsenvaltion lisäksi tuensaajaksi oletetulla yrityksellä on oikeus tulla kuulluksi (yhdistetyt asiat C-48/90 ja C-66/90, Alankomaat v. komissio, tuomio 12.2.1992, Kok. 1992, s. I-565, Kok. Ep. XII, s. I-13, 50 kohta ja sitä seuraavat kohdat). Vaikka tämä oikeus on tunnustettu EY 86 artiklan soveltamisen yhteydessä, sen pitäisi sitä suuremmalla syyllä olla tunnustettu EY 87 artiklaan perustuvassa tukimenettelyssä. Kantajat kiistävät komission väitteen, joka koskee ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen yhdistetyissä asioissa T-371/94 ja

T-394/94, British Airways ym. ja British Midland Airways vastaan komissio, 25.6.1998 antamaa tuomiota (Kok. 1998, s. II-2405, 57—64 kohta) siltä osin kuin siinä viittaus niihin, joita asia koskee, merkitsi yksinomaan kilpailijoita eikä tuensaajia.

109 Joka tapauksessa WestLB katsoo Saksan liittotasavallan tukemana, ettei se voinut osallistua hallinnolliseen menettelyyn asianmukaisessa määrin, kun otetaan huomioon asian olosuhteet (em. yhdistetyt asiat British Airways ym. ja British Midland Airways v. komissio, tuomion 60 kohta ja asia T-158/96, Acciaierie di Bolzano v. komissio, tuomio 16.12.1999, Kok. 1999, s. II-3927, 45 kohta). WestLB väittää myös, että yrityskeskittymien valvonnan yhteydessä sovellettavia kolmansien kuulemisoikeutta koskevia komission hallinnollisen käytännön periaatteita voidaan soveltaa analogisesti valtiontukien yhteydessä. Ainoastaan tällä tavoin voidaan täyttää ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen edellä mainituissa yhdistetyissä asioissa British Airways ym. ja British Midland Airways vastaan komissio antamassaan tuomiossa esittämä vaatimus.

110 Lisäksi kantajat väittävät, ettei ole komission asiana päättää, sisältävätkö tietyt asiakirjat yrityksille, joita asia koskee, hyödyllisiä tietoja vai eivät, vaan sen on annettava kyseisten yritysten saataville kaikki niille epäsuotuisat ja suotuisat asiakirjat, jotka komissio on hankkinut suorittamiensa tutkimusten aikana, lukuun ottamatta liikesalaisuuksia sisältäviä asiakirjoja (asia T-7/89, Hercules Chemicals v. komissio, tuomio 17.12.1991, Kok. 1991, s. II-1711, 54 kohta; asia T-30/91, Solvay v. komissio, tuomio 29.6.1995, Kok. 1995, s. II-1775, 101 kohta ja asia T-36/91, ICI v. komissio, tuomio 29.6.1995, Kok. 1995, s. II-1847, 111 kohta).

111 Euroopan yhteisön perustamissopimuksen [88] artiklan soveltamista koskevista yksityiskohtaisista säännöistä 22 päivänä maaliskuuta 1999 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 659/1999 (EYVL L 83, s. 1) 20 artiklassa säädetyn oikeuden esittää huomautuksia osalta WestLB katsoo sen, että tätä artiklaa sovelletaan ilman, että sen soveltamisalaa voitaisiin rajoittaa valtiontukioikeudessa, olevan ainoastaan yleisen, oikeutta tulla kuulluksi koskevan periaatteen ilmentymä.

112 Osavaltio katsoo voivansa vedota omien puolustautumisoikeuksiensa loukkaamiseen, sillä käsiteltävänä olevan menettelyn ainoana kohteena on sen tekemä toimi ja näin ollen, koska se on ainoa tuenantaja, sen asema menettelyssä eroaa toisen menettelyn osapuolen asemasta.

113 Toiseksi kuulemisoikeuden laajuuden osalta kantajat vetoavat yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön riitauttaakseen näkemyksen, jonka mukaan oikeutta tulla kuulluksi voidaan käyttää tehokkaasti, jos se koskee ainoastaan tosiseikkoja mutta ei komission niiden perusteella tekemää arviointia (asia 234/84, Belgia v. komissio, tuomio 10.7.1986, Kok. 1986 s. 2263, Kok. Ep. VIII, s. 717, 27 kohta ja asia 40/85, Belgia v. komissio, tuomio 10.7.1986, Kok. 1986, s. 2321, 28 kohta).

114 Kantajat kiistävät väitteen, jonka mukaan First Consultingin kertomusta ei pitäisi antaa tiedoksi, koska se on sisäinen asiakirja, ja katsovat, ettei tätä kertomusta pitäisi luokitella näin. WestLB vetoaa näkemyksensä tueksi sisäisistä menettelysäännöistä käsiteltäessä vaatimuksia saada tutustua asiakirjoihin [EY 81] ja [EY 82] artiklan, EHTY:n perustamissopimuksen 65 ja 66 artiklan ja neuvoston asetuksen N:o 4064/89 soveltamistapauksissa annettuun komission tiedonantoon (EYVL C 23, s. 3), joka koskee yritysten yhteenliittymiä ja yrityskeskittymien valvontaa koskevaa oikeutta.

115 Lisäksi WestLB ja Saksan liittotasavalta huomauttavat, että 10.11.1998 pidetyn kokouksen aikana pääosaston IV johtaja Martin Power lupasi antaa oikeuden tutustua First Consultingin kertomukseen ennen hallinnollisen menettelyn lopettamista, ja vaativat ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta kuulemaan suullisessa käsittelyssä kyseiseen kokoukseen osallistuneita Peter Fleischeria ja Gerhard Knokea todistajina tämän kysymyksen osalta.

116 Kantajat ja Saksan liittotasavalta korostavat päätöksen 9 ja 10 perustelukappaleessa mainittujen BdB:n kirjeiden merkitystä riidanalaisen päätöksen tekemisessä ja paheksuvat sitä, ettei komissio antanut näitä kirjeitä niille tiedoksi.

117 Osavaltio väittää, että pelkkä mahdollinen kielteinen vaikutus menettelyyn riittää siihen, että puolustautumisoikeuksien loukkaaminen johtaa päätöksen kumoamiseen (asia C-301/87, Ranska v. komissio, tuomio 14.2.1990, Kok. 1990, s. I-307, Kok. Ep. X, s. 319, 31 kohta, ns. Boussac-tapaus ja julkisasiamies Jacobsin asiassa antaman ratkaisuehdotuksen 24 kohta). Osavaltio katsoo, että ainoastaan tämä tulkinta on puolustautumisoikeuksien periaatteen perustavanlaatuisen merkityksen mukainen, sillä jokaista osapuolta, jota menettely koskee, on kuultava kaikista pääasiallisista kysymyksistä, ja heidän on voitava esittää puolustuksensa parhaissa mahdollisissa olosuhteissa.

118 Komissio kiistää BdB:n tukemana kantajien väitteet ja väittää ensiksi, ettei niillä ole oikeutta tulla kuulluiksi valtiontukiasiassa käytävässä menettelyssä, toiseksi, että käsiteltävänä olevassa asiassa ne ovat osallistuneet menettelyyn asianmukaisesti, ja kolmanneksi, että kantajien tai Saksan liittotasavallan First Consultingin kertomusta ja BdB:n kirjeitä koskevien mahdollisten huomautusten kuuleminen ei olisi saanut sitä tekemään riidanalaisesta päätöksestä poikkeavaa päätöstä.

B *Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta*

119 Työjärjestyksen 49 ja 65 artiklan mukaisesti on aluksi arvioitava vaatimusta kuulla 10.11.1998 pidettyyn kokoukseen osallistuneita Peter Fleischeria ja Gerhard Knokea todistajina sen kysymyksen osalta, lupasiko pääosaston IV johtaja

Martin Power tässä kokouksessa kantajille ja Saksan liittotasavallalle oikeuden tutustua First Consultingin kertomukseen ennen hallinnollisen menettelyn lopettamista.

120 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että näiden todistajien kuuleminen ei vaikuttaisi millään tavalla ratkaisevasti yhteisöjen tuomioistuinten harjoittamaan laillisuusvalvontaan, koska sen ratkaisemisen kannalta merkittävä kysymys, onko kantajien ja Saksan liittotasavallan oikeuksia mahdollisesti loukattu, ei ole se, lupasiko Martin Power antaa niille oikeuden tutustua kyseiseen asiakirjaan, vaan se, oliko komissiolla velvollisuus myöntää niille tämä oikeus (ks. analogisesti edellä 92 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö).

121 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan puolustautumisoikeuksien kunnioittaminen missä tahansa menettelyssä, jota käydään tiettyä henkilöä vastaan ja joka saattaa päättyä tälle vastaiseen päätökseen, on yhteisön oikeuden perustavanlaatuinen periaate, jota on noudatettava nimenomaisten säännösten tai määräysten puuttumisesta huolimatta. Tämä periaate edellyttää, että yritykselle, jota asia koskee, on annettava jo hallinnollisen menettelyn aikana mahdollisuus esittää näkemyksensä komission esittämien tosiseikkojen, väitteiden ja olosuhteiden paikkansapitävyydestä ja merkityksestä (asia T-65/96, Kish Glass v. komissio, tuomio 30.3.2000, Kok. 2000, s. II-1885, 32 kohta).

122 Valtiontukia koskeva hallinnollinen menettely aloitetaan kuitenkin ainoastaan kyseistä jäsenvaltiota vastaan. Tuensaajana olevaa yritystä ja tukia myöntäviä alueellisia yksiköitä, kuten kantajia, sekä tuensaajien kilpailijoita pidetään tässä menettelyssä ainoastaan henkilöinä, joita asia koskee (ks. vastaavasti em. asia Acciaierie di Bolzano v. komissio, tuomion 42 kohta).

123 Lisäksi vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan komission on EY 88 artiklan 2 kohdan mukaisessa tutkimisvaiheessa varattava niille, joita asia koskee, tilaisuus esittää huomautuksensa (asia C-198/91, Cook v. komissio, tuomio 19.5.1993, Kok. 1993, s. I-2487, Kok. Ep. XIV, s. I-211, 22 kohta; asia C-225/91, Matra v. komissio, tuomio 15.6.1993, Kok. 1993, s. I-3203, Kok. Ep. XIV, s. I-233, 16 kohta ja asia C-367/95 P, komissio v. Sytraval ja Brink's France, tuomio 2.4.1998, Kok. 1998, s. I-1719, 59 kohta).

124 Tämän velvollisuuden osalta yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että ilmoituksen julkaiseminen Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä on asianmukainen keino ilmoittaa menettelyn aloittamisesta kaikille niille, joita asia koskee (asia 323/82, Intermills v. komissio, tuomio 14.11.1984, Kok. 1984, s. 3809, 17 kohta); yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin täsmentänyt, että tiedonannolla "pyritään ainoastaan saamaan niiltä, joita asia koskee, kaikki sellaiset tiedot, jotka voivat auttaa komissiota sen tulevassa tehtävässä" (asia 70/72, komissio v. Saksa, tuomio 12.7.1973, Kok. 1973, s. 813, Kok. Ep. II, s. 117, 19 kohta ja asia T-266/94, Skibsværftsforeningen ym. v. komissio, tuomio 22.10.1996, Kok. 1996, s. II-1399, 256 kohta).

125 Tämän oikeuskäytännön mukaan niiden, joita asia koskee, tehtävänä on pääasiallisesti toimia komission tiedonlähteenä EY 88 artiklan 2 kohdan nojalla aloitetussa hallinnollisessa menettelyssä. Näin ollen niillä, joita asia koskee, on ainoastaan oikeus osallistua hallinnolliseen menettelyyn siinä määrin kuin yksittäistapaukseen liittyvissä olosuhteissa on tarkoituksenmukaista, eivätkä ne suinkaan voi vaatia sellaisia puolustautumisoikeuksia, jotka on myönnetty niille henkilöille, joita vastaan menettelyä käydään (em. yhdistetyt asiat British Airways ym. ja British Midland Airways v. komissio, tuomion 59 ja 60 kohta).

126 Käsiteltävänä olevassa asiassa kantajat väittävät, että komissio loukkasi niiden ja Saksan liittotasavallan oikeutta tulla kuulluksi toisaalta, kun se ei myöntänyt niille oikeutta tutustua First Consultingin kertomukseen, BdB:n kirjeisiin ja toiseen näistä kirjeistä liitettyyn professori Schulte-Mattlerin asiantuntijalausuntoon, ja toisaalta sen perusteella, että se käytti päätöksessään verojen jälkeen laskettua korvauksen määrää ilman, että se olisi maininnut sitä aiemmin.

127 Kantajien osalta on todettava, että vaikka niillä on ollut ainoastaan rajoitettu oikeus osallistua menettelyyn ja saada edellä mainittuja tietoja, ne ovat kuitenkin voineet tehokkaasti esittää näkemyksensä komission riidanalaisen toimenpiteen osalta esittämien tosiseikkojen, väitteiden ja olosuhteiden paikkansapitävyydestä ja merkityksestä.

128 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen hallussa olevista seikoista, jotka koskevat kantajien välitöntä ja välillistä osallistumista hallinnolliseen menettelyyn, ilmenee selvästi, että niillä on ollut mahdollisuus esittää näkemyksensä komission riidanalaisessa päätöksessä esittämistä tosiseikoista ja väitteistä.

129 Tältä osin on todettava erityisesti, että kantajilla on ollut mahdollisuus keskustella asian eri näkökohdista useissa tapaamisissa komission edustajien kanssa ja esittää vastaajalle asiakirjoja kantojensa tueksi. Esimerkiksi riidanalaisen toimenpiteen kohtuullisen korvauksen osalta WestLB toimitti komissiolle erään sellaisen investointipankin lausunnon, jonka se oli palkannut arvioimaan tämän korvauksen. Tässä yhteydessä kantajat eivät sitä suuremmalla syyllä voi perustellusti väittää, että se, ettei niiden annettu tutustua kyseessä oleviin asiakirjoihin, tai päätöksessä käytetty tuoton määrä olisivat estäneet niiden osallistumisen hallinnolliseen menettelyyn käsiteltävänä olevan asian olosuhteisiin nähden asianmukaisella tavalla.

130 Tätä toteamusta tukee se, että riidanalaisessa päätöksessä arvioidaan useaan otteeseen kantajien väitteitä ja viitataan niihin. Tätä tukee myös se, että Saksan liittotasavallan oikeutta tulla kuulluksi ei ole käsiteltävänä olevassa asiassa loukattu, kuten jäljempänä arvioidaan.

131 Tämän vuoksi käsiteltävänä oleva kanneperuste on hylättävä sen väitteen osalta, jonka mukaan kantajien oikeutta tulla kuulluksi on loukattu.

132 On kuitenkin todettava, että se, että niillä, joita asia koskee, on rajoitetut oikeudet, ei vaikuta komission velvollisuuteen perustella riittävästi lopullinen päätöksensä EY 253 artiklan mukaisesti (em. yhdistetyt asiat British Airways ym. ja British Midland Airways v. komissio, tuomion 64 ja 94 kohta).

133 Saksan liittotasavallan kuulemisoikeuden loukkaamista koskeva väite tutkitaan jäljempänä arvioitaessa sitä, noudattiko komissio olennaisia menettelysääntöjä.

III *Kolmas kanneperuste, joka koskee olennaisten menettelymääräysten rikkomista*

134 Kantajat väittävät, että riidanalaista päätöstä rasittaa EY 230 artiklan toisessa kohdassa tarkoitettu olennaisten menettelymääräysten rikkominen. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutkii tätä kanneperustetta kolmessa osassa. Ensimmäinen osa koskee Saksan liittotasavallan oikeutta tulla kuulluksi, toinen mahdollista tosiseikkojen virheellistä toteamista ja kolmas neutraalisuusperiaatteen mahdollista loukkaamista.

A *Ensimmäinen osa: Saksan liittotasavallan oikeus tulla kuulluksi*

1. Asianosaisten lausumat

135 Kantajat ja Saksan liittotasavalta väittävät, että viimeksi mainitun oikeutta tulla kuulluksi on loukattu, kun sen ei annettu tutustua First Consultingin kerto-

mukseen ja BdB:n kirjeisiin. Tältä osin nämä asianosaiset vetoavat edellä 106, 107, 110, 113, 114, 116 ja 117 kohdassa esitettyihin perusteluihin. WestLB väittää sen, ettei sen annettu tutustua First Consultingin kertomukseen, olevan sen asetuksen N:o 659/1999 6 artiklan 2 kohdan vastaista, jossa säädetään, että niiden henkilöiden, joita asia koskee, huomautukset, jotka komissio vastaanottaa menettelyn aloittamispäätöksen Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä tapahtuvan julkaisemisen jälkeen, on ilmoitettava jäsenvaltiolle, jota asia koskee. Tätä säännöstä on tulkittava siten, että jäsenvaltion on voitava ilmaista näkemyksensä kaikista lopullisen päätöksen tekemisen kannalta merkittävistä tiedoista. WestLB katsoo, että tuensaajana sillä on oikeus siihen, että komissio noudattaa asetuksessa N:o 659/1999 säädettyä menettelyä, sillä tukia koskevaan oikeuteen liittyvän menettelyn säännöstenmukainen kulku on myös kyseessä olevan yrityksen edun mukaista. Ei voida sulkea pois sitä mahdollisuutta, että komissio olisi Saksan liittotasavallan hallituksen huomautusten perusteella tunnustanut virheensä ja tehnyt lopulta tehdystä päätöksestä poikkeavan päätöksen.

136 Saksan liittotasavalta väittää, että sen oikeutta tulla kuulluksi on tutkittava tässä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa, ja vetoaa yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-376/99, Saksa vastaan komissio, 8.2.2000 antamaan määräykseen (ei julkaistu oikeustapauskokoelmassa), jolla EY:n tuomioistuimen perussäännön 47 artiklan kolmannen kohdan nojalla lykättiin sen kanteen käsittelyä, jonka se nosti riidanalaisesta päätöksestä yhteisöjen tuomioistuimessa. Se katsoo, että ainoastaan tällä edellytyksellä käsiteltävänä olevassa asiassa on kyse tässä määräyksessä tarkoitetuista samoista tulkintakysymyksistä kuin yhteisöjen tuomioistuimen käsittelemässä asiassa.

137 Komissio väittää BdB:n tukemana, että kantajat voivat vedota ainoastaan omien menettelyoikeuksiensa loukkaamiseen ja että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiassa T-260/94, Air Inter vastaan komissio, 19.6.1997 antamassaan tuomiossa (Kok. 1997, s. II-997) mainitsemaa sitovien muotomääräysten rikkomista koskevaa poikkeusta ei voida soveltaa käsiteltävänä olevassa asiassa, sillä tällaista rikkomista ei ole osoitettu.

138 Lisäksi komissio kiistää sen, että Saksan liittotasavalta voisi käsiteltävänä olevassa asiassa vedota oikeuteensa tulla kuulluksi, ja tukeutuu tältä osin EY:n

tuomioistuimen perussäännön 37 artiklan neljänteen kohtaan, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 116 artiklan 3 kohtaan, yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-245/92 P, Chemie Linz vastaan komissio, 8.7.1999 antamaan tuomioon (Kok. 1999, s. I-4643) ja yhteisöjen tuomioistuimen presidentin asiassa C-329/99 P (R), Pfizer Animal Health vastaan neuvosto, 18.11.1999 antamaan määräykseen (Kok. 1999, s. I-8343).

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

139 Aluksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tarkastelee sitä, onko kantajilla ja Saksan liittotasavallalla oikeus vedota tässä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa tämän jäsenvaltion oikeuteen tulla kuulluksi.

140 Sen osalta, onko kantajilla oikeutta vedota Saksan liittotasavallan oikeuteen tulla kuulluksi, on huomautettava, että valtiontuen tutkintaa koskeva hallinnollinen menettely aloitetaan ainoastaan kyseistä jäsenvaltiota vastaan ja että komission tämän menettelyn päätteeksi tekemät päätökset osoitetaan kyseisille jäsenvaltioille (em. asia komissio v. Sytraval ja Brink's France, tuomion 45 kohta). Lisäksi EY 88 artiklan 2 kohdan mukaan kyseinen jäsenvaltio vastaa sellaisen mahdollisen komission päätöksen täytäntöönpanosta, joka koskee kyseisen valtiontuen poistamista tai muuttamista.

141 Näin ollen ja kun otetaan huomioon kyseessä olevan jäsenvaltion keskeinen rooli tässä menettelyssä, on katsottava, että tämän jäsenvaltion kuuleminen tässä menettelyssä on olennainen menettelymääräys, jonka noudattamatta jättäminen aiheuttaa sellaisen komission päätöksen pätemättömyyden, jossa määrätään tuen

poistamisesta tai muuttamisesta (ks. analogisesti asia C-291/89, Interhotel v. komissio, tuomio 7.5.1991, Kok. 1991, s. I-2257, 17 kohta ja asia C-304/89, Oliveira v. komissio, tuomio 7.5.1991, Kok. 1991, s. I-2283, 21 kohta ja em. asia Air Inter v. komissio, tuomion 80 kohta).

142 Tämän vuoksi tuensaajana olevalla yrityksellä samoin kuin tuen myöntäneellä alueellisella yksiköllä on laillinen intressi vedota tällaiseen komission päätöstä rasittavaan virheeseen, koska jäsenvaltion kuulemisoikeuden mahdollisella loukkaamisella on voinut olla vaikutusta riidanalaisen päätöksen pätevyyteen (ks. analogisesti em. asia Oliveira v. komissio, tuomion 17 kohta).

143 Joka tapauksessa on huomautettava, että oikeuskäytännöstä seuraa, että yhteisöjen tuomioistuimet voivat tutkia olennaisten menettelymääräysten rikkomisen omasta aloitteestaan (asia 1/54, Ranska v. Korkea viranomainen, tuomio 21.12.1954, Kok. 1954, s. 7; asia 2/54, Italia v. Korkea viranomainen, tuomio 21.12.1954, Kok. 1954, s. 73; asia 18/57, Nold v. Korkea viranomainen, tuomio 20.3.1959, Kok. 1959, s. 89; em. asia Interhotel v. komissio, tuomion 14 kohta ja em. asia Oliveira v. komissio, tuomion 18 kohta).

144 Toisaalta sen osalta, voiko Saksan liittotasavalta vedota käsiteltävänä olevassa asiassa oikeuteensa tulla kuulluksi, on todettava, ettei ole olemassa yhteisön oikeussääntöjä tai oikeuskäytäntöä, jotka olisivat tätä mahdollisuutta vastaan.

145 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 37 artiklan neljännen kohdan vastaista ei ole se, että väliintulija esittää tukemansa asianosaisen väitteistä poikkeavia perusteluja, kunhan niillä pyritään tukemaan tämän asianosaisen vaatimuksia (asia 30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v. Korkea viranomainen, tuomio 23.2.1961, Kok. 1961, s. 1, Kok. Ep. I, s. 69; asia C-150/94, Yhdistynyt kuningaskunta v. neuvosto, tuomio 19.11.1998, Kok. 1998, s. I-7235, 36 kohta ja asia C-200/92 P, ICI v.

komissio, tuomio 8.7.1999, Kok. 1999, s. I-4399, 31—33, 37 ja 38 kohta). Käsiteltävänä olevassa asiassa on kuitenkin selvää, ettei Saksan liittotasavalta esitä vastaajien vaatimuksista poikkeavia vaatimuksia. Tämän kysymyksen osalta kantajat ja Saksan liittotasavalta esittävät täysin saman väitteen eli sen, että viimeksi mainitun oikeutta tulla kuulluksi on loukattu.

146 Vastaajan tältä osin esittämillä väitteillä ei ole merkitystä. Jo mainitun yhteisöjen tuomioistuimen perussäännön 37 artiklan neljännen kohdan lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen työjärjestyksen 116 artiklan 3 kohdassa määrätään ainoastaan, että "väliintulijan on hyväksyttävä asia sellaisena kuin se on väliintulohetkellä". Lisäksi em. asiassa Chemie Linz vastaan komissio sovelletaan vakiintunutta oikeuskäytäntöä, jonka mukaan väliintulija voi tukea kantajan vaatimuksia jopa eri perustein kuin mitä kantaja on esittänyt, muttei voi esittää vaatimuksia, jotka eivät vastaa kantajan vaatimuksia (ks. myös em. asia ICI v. komissio, tuomion 22—33 kohta). Edellä mainitussa asiassa Pfizer Animal Health vastaan neuvosto annetun määräyksen 92—97 kohdassa ainoastaan todetaan, että vaikka väliintulija voi toimen täytäntöönpanon lykkäämistä koskevaa hakemusta käsiteltäessä vedota intresseihinsä, hän ei voi laajentaa oikeudenkäynnin kohdetta vetoamalla oikeuteen, jonka osalta hän voi saada väliaikaista oikeussuojaa.

147 Näin ollen kantajille ja Saksan liittotasavallalle on myönnettävä oikeus vedota käsiteltävänä olevassa asiassa riidanalaisen hallinnollisen menettelyn olennaisen menettelymääräyksen loukkauksena siihen, että tämän jäsenvaltion oikeutta tulla kuulluksi on loukattu.

148 Käsiteltävänä olevan kanneperusteen merkityksen osalta on huomautettava, että puolustautumisoikeuksien kunnioittaminen, sellaisena kuin se on mainittu edellä 121 kohdassa, tiettyä henkilöä vastaan aloitetussa menettelyssä, joka voi johtaa tälle henkilölle vastaisen päätöksen tekemiseen, on yhteisön oikeuden perusperiaate, joka on turvattava jopa nimenomaisen säännöksen puuttuessa. Tämä

periaate edellyttää, että henkilölle, jota vastaan komissio on aloittanut hallinnollisen menettelyn, annetaan tämän menettelyn aikana mahdollisuus tehokkaasti esittää näkemyksensä komission esittämien tosiseikkojen, väitteiden ja olosuhteiden paikkansapitävyydestä ja merkityksestä.

149 Käsiteltävänä olevassa asiassa kantajat ja Saksan liittotasavalta väittävät, että komissio on loukannut tämän jäsenvaltion oikeutta tulla kuulluksi toisaalta, kun se ei myöntänyt tälle oikeutta tutustua First Consultingin kertomukseen, BdB:n kirjeisiin ja toiseen näistä kirjeistä liitettyyn professori Schulte-Mattlerin asiantuntijalausuntoon, ja toisaalta sen perusteella, että se käytti päätöksessään verojen jälkeen laskettua tuoton määrää, joka oli näin ollen selvästi suurempi kuin määrä, joka oli odotettavissa menettelyn taustalla olevan BdB:n kantelun ja varsinaisen tutkintamenettelyn aloittamista koskevan päätösluonnoksen mukaan, joissa mainittiin ennen veroja laskettu määrä.

150 Näin ollen on tutkittava, estikö se, että Saksan liittotasavallalle ei annettu mahdollisuutta tutustua näihin asiakirjoihin ja että komissio käytti verojen jälkeen laskettua tuoton määrää, Saksan liittotasavaltaa tehokkaasti esittämästä näkemystään komission riidanalaisessa päätöksessä esittämän yhteisön oikeuden rikkomista koskevan toteamuksen tueksi esittämien tosiseikkojen, väitteiden ja olosuhteiden paikkansapitävyydestä ja merkityksestä.

151 Edellä mainittujen asiakirjojen osalta on todettava, että First Consultingin kertomus on laadittu lähes hallinnollisen menettelyn lopussa. Siinä kootaan yhteen tämän menettelyn eri osapuolten näkemykset ja kommentoidaan niitä, ja komissio on useiden olennaisten seikkojen osalta ollut kertomuksessa esitetyn kanssa eri mieltä. BdB:n 30.10.1998 päivätyssä kirjeessä vastataan komission BdB:n kanssa 16.9.1998 pitämässä kahdenvälisessä kokouksessa esittämiin kysymyksiin ja otetaan kantaa tiettyihin WestLB:n toimittaman asiantuntijalausunnon yksityiskohtiin.

152 BdB:n 14.1.1999 päivätyssä kirjeessä tuodaan esiin 10.11.1998 pidetyssä asiantuntijakokouksessa käsitelty kysymys ja mainitaan tältä osin professori Schulte-Mattlerin lausunto, joka on tämän kirjeen liitteenä. Tässä kirjeessä painotetaan hyvin lyhyesti riidanalaisen toimenpiteen arvioinnin tiettyjä yksityiskohtia ja toistetaan vaatimus siitä, että menettelyn lopuksi annetaan päätös. Professori Schulte-Mattlerin lausunnossa tutkitaan oman pääoman tuottoa riidanalaisen toimenpiteen arvioinnin yhteydessä.

153 Näitä asiakirjoja koskevan tutustumisoikeuden merkitystä on tutkittava koko hallinnollisen menettelyn kannalta (ks. tämän menettelyn kuvaus edellä 23 ja 25—28 kohdassa). Vastaaja pyysi kuitenkin jo ennen EY 88 artiklan 2 kohdassa tarkoitetun menettelyn aloittamista tietoja Saksan viranomaisilta, ja sen edustajat ovat tavanneet Saksan viranomaisten edustajia useaan otteeseen. Lisäksi menettelyn aloittamispäätöksessä esitettiin yksityiskohtaisesti riidanalaista toimenpidettä koskeva komission alustava arviointi erityisesti WfA:lta peräisin olevan pääoman kohtuullisen korvauksen osalta ja todettiin alustavasti, että toimenpide sisältää "todennäköisesti [EY 87] artiklan 1 kohdassa tarkoitettua valtiontukea" (menettelyn aloittamispäätöksen 11 kohta). Tämän menettelyn aloittamisen jälkeen komissio toimitti Saksan hallitukselle niiden henkilöiden, joita asia koskee, sille esittämät huomautukset, joita Saksan hallitus on kommentoinut. Saksan viranomaiset on myös kutsuttu 10.11.1998 pidettyyn kokoukseen, ja ne olivat siellä läsnä keskustelemassa riidanalaisen toimenpiteen eri yksityiskohdista. Tämän jälkeen komissio vielä pyysi ja sai Saksan hallitukselta lisätietoja.

154 Tämä Saksan viranomaisten ja komission välinen yhteydenpito koski useita riidanalaisen toimenpiteen yksityiskohtia, mukaan lukien kysymykset, joita edellä 151 ja 152 kohdassa mainitut asiakirjat pääasiassa koskevat. Tätä toteamusta tukee se, että riidanalaisessa päätöksessä Saksan hallituksen kantoja arvioidaan yksityiskohtaisesti myös näiden kysymysten osalta.

155 Sen osalta, että riidanalaisessa päätöksessä käytettiin verojen jälkeen laskettua tuoton määrää, on korostettava aluksi, että menettelyn aloittamispäätöksessä mainitaan verojen jälkeen laskettu tuotto ja todetaan tällaisen tuoton osalta, että "on erittäin kyseenalaista, että markkinataloudessa toimiva sijoittaja olisi, kun otetaan huomioon hänen sijoitukselta normaalisti odottama tuotto, hyväksynyt 0,6 prosentin kiinteän korvauksen WestLB:hen sijoitetusta pääomasta", ja että "jopa vahvistamatta tässä vaiheessa lopullista vertailukriteeriä voidaan katsoa, että tämä määrä on selvästi pienempi kuin mitä markkinataloudessa toimiva sijoittaja edellyttäisi vastaavalta sijoitukselta" (7 kohdan 2 alakohta).

156 Kuten komissio perustellusti huomauttaa, BdB:n kantelu tai varsinaisen tutkintamenettelyn aloittamista koskeva päätösluonnos eivät kumpikaan ole asiakirjoja, jotka voisivat saada aikaan oikeudellisesti merkittäviä odotuksia ja jotka komission olisi otettava huomioon lopullista päätöstä laatiessaan. Saksan liittotasavalta on voinut tehokkaasti esittää huomautuksensa riidanalaisen toimenpiteen kohtuullisesta tuotosta eikä se voi vedota kuulemisoikeutensa rikkomiseen pelkästään sillä perusteella, ettei se ole ennen riidanalaisen päätöksen tekemistä tiennyt tässä päätöksessä käytettyä tuoton määrän laskentatapaa.

157 Asetuksen N:o 659/1999 6 artiklan 2 kohtaa ei myöskään voida katsoa rikotun, koska komissio on antanut Saksan hallitukselle tiedoksi niiden osapuolten, joita asia koskee, huomautukset, jotka vastaaja on vastaanottanut käsiteltävänä olevassa asiassa menettelyn aloittamispäätöksen Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä tapahtuneen julkaisemisen jälkeen, ja koska kantajien väitteensä tueksi mainitsemat asiakirjat on esitetty komissiolle hallinnollisen menettelyn jälkeen. Näissä asiakirjoissa lähinnä ainoastaan täsmennetään hallinnollisen menettelyn osapuolten jo ilmaisemia kantoja, kuten edellä 151 ja 152 kohdassa todetaan.

158 Edellä esitetyn perusteella Saksan liittotasavallalla on ollut mahdollisuus tehokkaasti esittää näkemyksensä komission riidanalaisessa päätöksessä esittämän yhteisön oikeuden rikkomista koskevan toteamuksen tueksi esittämien tosiseikkojen, väitteiden ja olosuhteiden paikkansapitävyydestä ja merkityksestä.

159 Tästä seuraa, ettei riidanalainen päätös ole lainvastainen sellaisen olennaisen muotomääräyksen rikkomisen vuoksi, joka johtuisi siitä, että Saksan liittotasavallan oikeutta tulla kuulluksi on loukattu. Kantajien ja Saksan liittotasavallan väite on näin ollen hylättävä.

B *Toinen osa: tosiseikkojen virheellinen toteaminen*

1. Asianosaisten lausumat

160 Osavaltio väittää, että komission riidanalaisessa päätöksessä esittämä tosiseikkojen kuvaus on tietyiltä osin puutteellinen tai virheellinen. Ensinnäkin se katsoo, että komission riidanalaisen päätöksen 13 perustelukappaleessa ja sitä seuraavissa perustelukappaleissa esittämät toteamukset ovat puutteellisia Saksan pankkijärjestelmän rakenteen, WestLB:n tehtävien ja toiminnan sekä tämän toteuttamien julkisoikeudellisten tehtävien osalta. Toiseksi osavaltio katsoo, että riidanalaisessa päätöksessä tosiseikkoja on kuvattu virheellisesti, millä on käsiteltävänä olevassa asiassa tehdyn arviointivirheen kannalta ratkaiseva merkitys. Osavaltio kiistää sen, että WestLB olisi tervehdyttämistoimenpiteitä vaativa yritys, ettei WfA:n yhdistämistä WestLB:hen voitaisi peruuttaa ja että WfA:n omaisuuden luovutus olisi ollut WestLB:n ainoa keino täyttää uudet vakavaraisuusvaatimukset vähentämättä taseensa riskipainotettua vastaavaa.

161 Komissio riitauttaa väitteen, jonka mukaan se, että osavaltion mainitsemat seikat on otettu huomioon riidanalaisessa päätöksessä, olisi johtanut muuhun kuin tässä päätöksessä esitettyyn oikeudelliseen arviointiin. Väitetyn tosiseikkojen virheellisen toteamisen osalta vastaaja kiistää todenneensa riidanalaisessa päätöksessä, että WestLB:n tapauksessa olisi kyse tervehdyttämisestä. Se selittää, miksi on perusteltua todeta, että osavaltio menettää ainakin osittain oikeutensa omistaa WfA:n osakkeita ja toteaa, että WestLB:llä ei ollut muita vaihtoehtoja kuin yhdistää WfA:n varat täyttääkseen uudet vakavaraisuusvaatimukset vähentämättä taseensa riskipainotettua vastaavaa.

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

162 Siltä osin kuin väitteessä katsotaan perustelujen olevan virheellisiä tosiseikkojen osalta, on huomautettava, että oikeuskäytännöstä ilmenee, että vaikka riidanalaisen toimenpiteen jossakin perustelukappaleessa olisikin virheellinen tosiseikkaa koskeva maininta, tämä muotovirhe ei kuitenkaan voi johtaa kyseisen toimenpiteen kumoamiseen, mikäli muut perustelukappaleet sisältävät sinänsä riittävät perustelut (asia 119/86, Espanja v. neuvosto ja komissio, tuomio 20.10.1987, Kok. 1987, s. 4121, 51 kohta ja yhdistetyt asiat T-129/95, T-2/96 ja T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke ja Lech-Stahlwerke v. komissio, tuomio 21.1.1999, Kok. 1999, s. II-17, 160 kohta). Kysymystä riidanalaisen päätöksen perusteluista käsitellään kuitenkin jäljempänä viidennen kanneperusteen tutkimisen yhteydessä.

163 Siltä osin kuin väitteessä arvostellaan markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatteen soveltamisen taustalla käsiteltävänä olevassa asiassa olevien tosiseikkojen kuvausta, on katsottava toisaalta, että osavaltio ei ole osoittanut, missä määrin väitetty komission esittämä tosiseikkojen virheellinen kuvaus olisi saanut vastaajan arvioimaan riidanalaista toimenpidettä oikeudellisesti tai taloudellisesti virheellisellä tavalla, ja toisaalta, että tämä kysymys kuuluu käsiteltävänä olevan asian aineelliseen arviointiin, joka toteutetaan jäljempänä kuudennen kanneperusteen tutkimisen yhteydessä (ks. erityisesti jäljempänä 336, 350, 351, 405 ja 419 kohta).

C *Kolmas osa: neutraalisuusperiaatteen loukkaaminen*

1. Asianosaisten lausumat

164 Osavaltio katsoo, että komissio on rikkonut puolueettomuusvelvoitettaan, kun se on suosinut BdB:tä menettelyn aikana ja kun se on kuvannut tosiseikkoja johdattelevasti. Komissio rikkoi sen mukaan puolueettomuusvelvoitettaan, kun se pyysi — Saksan viranomaisille esitetyn pyynnön lisäksi — ainoastaan BdB:tä toimittamaan sille asiakirjoja ja kun se kieltäytyi paljastamasta BdB:n toimittamia asiakirjoja muille henkilöille, joita asia koskee. Tosiseikkojen johdattelevan esittämisen osalta se riitauttaa erityisesti riidanalaisesta päätöksestä sen mukaan ilmenevän WestLB:n samastamisen itsenäiseen liikepankkiin.

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

165 Oletetun tosiseikkojen johdattelevan kuvailun osalta tämä väite sisältyy tosiseikkojen virheellistä toteamista koskevaan väitteeseen, jota on käsitelty tämän kanneperusteen toisen osan yhteydessä.

166 Väite, jossa vedotaan siihen, ettei komissio paljastanut tiettyjä BdB:n asiakirjoja, sisältyy puolustautumisoikeuksien loukkaamista koskevaan väitteeseen, jota on jo edellä arvioitu ja joka on hylätty, tai perusteluvelvollisuuden laiminlyöntiä koskevaan väitteeseen, jota tutkitaan jäljempänä viidennen kanneperusteen yhteydessä.

167 Puolueettomuusvelvollisuuden osalta on totta, että komissiolle on erityisesti EY 88 artiklan yhteydessä asetettu velvollisuus käsitellä asia huolellisesti ja puolueettomasti. Tämä velvollisuus perustuu hyvää hallintotapaa koskevaan oikeuteen, joka on osa jäsenvaltioiden perustuslaillisille perinteille yhteisiä oikeusvaltion yleisiä periaatteita (ks. vastaavasti asia T-54/99, max.mobil v. komissio, tuomio 30.1.2002, Kok. 2002, s. II-313, 48 ja 49 kohta ja niissä mainittu oikeuskäytäntö).

168 Käsiteltävänä olevassa asiassa puolueettomuusvelvollisuuden laiminlyömistä koskevaa väitettä ei ole hyväksyttävä. Komissio ei ole suosinut BdB:tä hallinnollisen menettelyn aikana. Se on kysynyt useaan otteeseen tietoja Saksan liittotasavallalta, eikä kantajia ole estetty toimittamasta asiakirjoja ja tietoja, vaan niille on päinvastoin annettu mahdollisuus esittää ja kehitellä kantojaan. Valtiontukiasiassa käytävä hallinnollinen menettely ei ole kantajien osalta kontradiktorinen menettely.

169 Edellä esitetyn perusteella tämän kanneperusteen toinen ja kolmas osa on hylättävä. Toista osaa käsitellään jäljempänä tutkittaessa viidettä ja kuudetta kanneperustetta.

IV Neljäs kanneperuste, joka koskee EY 87 artiklan 1 kohdan ja EY 295 artiklan rikkomista valtiontuen käsitteen tulkinnan osalta

170 Kantajat väittävät, että riidanalaisella päätöksellä rikotaan EY 87 artiklan 1 kohtaa ja EY 295 artiklaa, koska siinä tulkitaan virheellisesti valtiontuen käsitettä.

171 Tämän kanneperusteen ensimmäisessä osassa osavaltio katsoo, ettei riidanalainen toimenpide ole EY 87 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla valtion varoista myönnettyä tukea. Toisessa osassa kantajat moittivat sitä, että komissio laajensi valtiontuen käsitettä, kun se sovelsi markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta kannattavaan yritykseen ja tulkitsi tätä periaatetta vaatimalla vähintään julkisen sektorin sijoittajan sijoittamalleen pääomalle kyseisellä alalla saamaa keskimääräistä tuottoa.

A *Ensimmäinen osa: valtion varojen olemassaolo*

1. Asianosaisten lausumat

172 Osavaltio väittää, ettei riidanalainen toimenpide ole EY 87 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla valtion varoista maksettua tukea. Se katsoo, ettei kyse ole valtion varoista, kun valtio pysyen omistajan tai yrittäjän roolissa sijoittaa pääomaa yksinomaan liiketaloudellisessa tarkoituksessa yritykseen, joka tuottaa pysyvästi voittoa. Osavaltio väittää, että toimenpide toteutettiin, koska yrittäjän näkökulmasta katsottuna sen avulla WfA:n omaisuutta voitiin käyttää taloudellisesti järkevämmin.

173 Osavaltion mielestä ennen sen kysymyksen ratkaisemista, merkitseekö tämä toimenpide suosivaa kohtelua, on osoitettava, että tukea on myönnetty valtion varoista.

174 Osavaltio väittää Saksan liittotasavallan tukemana, että sitä, onko pääoman sijoitus valtion varoista myönnettyä tukea, voidaan arvioida ainoastaan vertaamalla sitä normaaleissa markkinatalouden olosuhteissa toimivan sijoittajan toimenpiteisiin ja näin ollen yksinomaan käyttämällä viimeksi mainitun näkökulmaa. Komissio totesi päätöksessään kuitenkin ainoastaan, että yritystä on suosittu, ja edellytti virheellisesti, että julkisviranomaisten liiketaloudellisin perustein tekemästä pääoman sijoituksesta on aina maksettava kohtuullinen vastike.

175 Tältä osin osavaltio katsoo, että komission näkemys, jonka mukaan olisi taattava kohtuullinen korvaus, on täysin liiketaloudellisin perustein tehtävän pääoman sijoituksen perusajatuksen vastainen. Tällaisessa sijoituksessa ei ole kahdenvälistä suhdetta eikä kiinteästi määrättävää "korvausta". Sijoittaja laskee ainoastaan sen varaan, että edunsaajana oleva yritys tuottaa pääomalle voittoa, joka palautuu tämän jälkeen sijoittajalle. Yrityksen arvonnousu on olennainen osa sijoittajalle pääoman sijoituksesta palautuvaa tuottoa. Nimenomaan se, että varat ovat alttiita tietyille riskeille ja että korvausta ei voida taata, on ominaista liiketaloudellisin perustein tehdylle pääoman sijoitukselle.

176 Komissio vastaa, että valtion varat pysyvät valtion varoina, vaikka niitä käytettiin valtion harjoittamassa "yritystoiminnassa". Se, että valtion varojen sijoittaminen ei ole tukea, ei johdu siitä, että tämä sijoitus on tehty valtion harjoittaman liiketoiminnan yhteydessä, vaan siitä, että valtio saa tästä sijoituksesta kohtuullisen korvauksen. Näin ollen on tarkistettava, että valtio toimii varoja käyttäessään juuri niin kuin yksityinen yrittäjä vastaavassa tilanteessa toimisi.

177 Komissio väittää, että sen lähestymistavassa valtion tuen olemassaolon määrittämiseksi markkinataloudessa toimivan sijoittajan näkökulmaa ei ole jätetty

ottamatta huomioon, vaikka tuensaajana olevan yrityksen ja sen kilpailijoiden näkökulmat on myös otettu huomioon. Lisäksi toisin kuin osavaltio ja Saksan liittotasavalta väittävät, tämä kanta ei ole sen oman päätöskäytännön tai oikeuskäytännön vastainen (asia T-613/97, Ufex ym. v. komissio, tuomio 14.12.2000, Kok. 2000, s. II-4055, 69 kohta).

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

178 Aluksi on huomautettava, että EY 87 artiklan 1 kohdassa todetaan, että jäsenvaltion myöntämä taikka valtion varoista muodossa tai toisessa myönnetty tuki, joka vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa, ei sovellu yhteismarkkinoille, siltä osin kuin se vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

179 Jotta etuja voidaan pitää EY 87 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuna valtiontukena, niiden on kuitenkin oltava suoraan tai välillisesti valtion varoista myönnettyjä etuja ja niiden on oltava seurausta valtion toiminnasta (asia C-482/99, Ranska v. komissio, tuomio 16.5.2002, Kok. 2002, s. I-4397, 24 kohta ja siinä mainittu oikeuskäytäntö).

180 Tässä määräyksessä ei kuitenkaan tehdä eroa valtioiden toimenpiteiden syiden tai tavoitteiden perusteella vaan niiden vaikutusten perusteella (asia C-241/94, Ranska v. komissio, tuomio 26.9.1996, Kok. 1996, s. I-4551, 19 ja 20 kohta). Tuen käsite on näin ollen objektiivinen, ja sen kannalta merkittävää on ainoastaan se, annetaanko valtion toimenpiteellä jokin etu yhdelle tai useammalle yritykselle (asia T-67/94, Ladbroke Racing v. komissio, tuomio 27.1.1998, Kok. 1998, s. II-1, 52 kohta ja asia T-46/97, SIC v. komissio, tuomio 10.5.2000, Kok. 2000, s. II-2125, 78 kohta).

181 Osavaltion väitteessä katsotaan lähinnä, että jos valtion varoja käytetään taloudellisesti järkevimmällä tavalla, ne eivät enää ole valtion tuen luonteisia. Kuten komissio on todennut, nämä varat eivät lakkaa olemasta valtion varoja pelkästään siksi, että niitä käytetään samalla tavalla kuin yksityinen sijoittaja käyttäisi niitä. Se, käyttäytyikö valtio kuin yrittäjä, liittyy valtiontuen olemassaolon määrittämiseen eikä kyseessä olevien varojen julkisen tai muun luonteen tutkimiseen.

182 Käsiteltävänä olevassa asiassa on kiistatonta, että WfA oli julkisoikeudellinen laitos, johon oli sijoitettu julkisia varoja ja jonka kaikki osakkeet omisti osavaltio. Sen pääoma yhdistettiin WestLB:n pääomaan osavaltion maapäivien antamalla lailla. Näissä olosuhteissa riidanalainen toimenpide merkitsee valtion varojen käyttämistä.

183 Tämän vuoksi neljännen kanneperusteen tämä osa on hylättävä.

B *Toinen osa: valtiontuen käsitteen lainvastainen laajentaminen*

184 Kantajat moittivat sitä, että komissio laajensi valtiontuen käsitettä EY 295 artiklan vastaisesti, kun se sovelsi markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta kannattavaan yritykseen ja kun se tulkitsi tätä periaatetta siten, että julkisen sektorin sijoittajan sijoittamalle pääomalle on maksettava vähintään kyseisen alan keskimääräistä tuottoa.

1. EY 295 artiklan rikkominen

a) Asianosaisten lausumat

185 Kantajat väittävät, että EY 295 artiklalla rajoitetaan toimivaltaa jäsenvaltioiden hyväksi ja että on sovitettava yhteen yhteisön kilpailuoikeus ja jäsenvaltioiden toimivalta määrittää itsenäisesti omistusoikeusjärjestelmänsä. Vaikka EY 295 artiklasta johtuvaa jäsenvaltioiden vapautta ei voida käyttää muista EY:n perustamissopimuksen velvoitteista vapautumiseksi, EY:n perustamissopimuksen määräyksiä ei voida tulkita niin laajasti, että EY 295 artiklan suojan alaa rajoitettaisiin siinä määrin, ettei jäsenvaltioilla olisi käytännössä enää liikkumavaraa niiden hallinnoidessa julkisia yrityksiä tai säilyttäessä omistusosuuksiaan näissä yrityksissä. Näin ollen tässä määräyksessä asetetaan kantajien mukaan EY 87 artikla 1 kohdassa tarkoitetulle valtiontuen käsitteelle implisiittiset rajat.

186 Osavaltio korostaa, että julkisten yritysten julkista ja yksityistä toimintaa on mahdotonta erottaa selvästi toisistaan, ja väittää, että EY 295 artiklan nojalla valtio voi sijoittajana tai yrittäjänä käyttää muita kuin puhtaasti tuotontavoittelua koskevia arviointiperusteita, erityisesti strategisia tai pitkän aikavälin arviointiperusteita, kuten nykyisen omistuksen vahvistamista tai laajentamista ja synergiaetujen saavuttamista.

187 Komissio katsoo, että EY 295 artiklan ja yhteisön valtiontukijärjestelmän välisestä suhteesta määrätään EY 86 artiklassa. Yleisesti ottaen EY 295 artiklan suojasta nauttiviin valtion toimiin voidaan jättää soveltamatta EY 87 artiklaa ainoastaan, jos EY 86 artiklan 2 kohdassa mainitut edellytykset täyttyvät. Elleivät nämä edellytykset täyty, valtiontukisääntöjen soveltaminen ei aiheuta

puuttumista EY 295 artiklan keskeiseen sisältöön, sillä näiden sääntöjen soveltaminen ei estä jäsenvaltiota edelleen johtamasta julkisoikeudellisia yrityksiä tai omistamasta tällaisia yrityksiä.

188 Komission mukaan sitä, että julkinen yritys hoitaa myös julkisia tehtäviä, ei pidetä erityispiirteenä laskettaessa sijoitukselle maksettavaa kohtuullista korvausta, sillä näiden tehtävien hoitamista suojataan riittävästi ja kattavasti EY 86 artiklan 2 kohdalla.

189 Valtion rahoitustoimenpiteen perusteina olevia liiketaloudellisia arviointiperusteita, kuten strategisia tai pitkän aikavälin arviointiperusteita ei suojata erityisesti EY 295 artiklalla. Ne on ainoastaan otettava huomioon arvioitaessa sitä, onko pääoman sijoitus tehty normaaleissa markkinaolosuhteissa vai ei.

b) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

190 EY 295 artiklassa määrätään seuraavaa:

"Tällä sopimuksella ei puututa jäsenvaltioiden omistusoikeusjärjestelmiin."

191 EY 86 artiklassa määrätään seuraavaa:

"1. Jäsenvaltiot eivät toteuta eivätkä pidä voimassa mitään toimenpidettä, joka koskee julkisia yrityksiä taikka yrityksiä, joille jäsenvaltiot myöntävät erityisoikeuksia tai yksinoikeuksia ja joka on ristiriidassa tämän sopimuksen, etenkin sen 12 ja 81—89 artiklan määräysten kanssa.

2. Yrityksiin, jotka tuottavat yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja, sekä fiskaalisiin monopoleihin sovelletaan tämän sopimuksen määräyksiä ja varsinkin kilpailusääntöjä siltä osin kuin ne eivät oikeudellisesti tai tosiasiallisesti estä yrityksiä hoitamasta niille uskottuja erityistehtäviä. Kaupan kehitykseen ei saa vaikuttaa tavalla, joka olisi ristiriidassa yhteisön etujen kanssa.

— — "

192 Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä seuraa, että vaikka kukin jäsenvaltio määrittää edelleen omistusoikeusjärjestelmänsä EY 295 artiklan nojalla, kyseinen määräys ei merkitse sitä, että jäsenvaltioissa vallitsevia omistusoikeusjärjestelmiä eivät koskisi perustamissopimuksen perustavanlaatuiset säännöt (asia 182/83, Fearon, tuomio 6.11.1984, Kok. 1984, s. 3677, Kok. Ep. VII, s. 661, 7 kohta; asia C-302/97, Konle, tuomio 1.6.1999, Kok. 1999, s. I-3099, 38 kohta ja asia C-367/98, komissio v. Portugali, tuomio 4.6.2002, Kok. 2002, s. I-4756, 48 kohta).

193 Näin ollen EY 86 artiklan 1 kohdan mukaan perustamissopimuksen kilpailusääntöjä, jotka ovat perustavanlaatuisia sääntöjä, sovelletaan erotuksetta julkisiin ja yksityisiin yrityksiin (yhdistetyt asiat T-204/97 ja T-270/97, EPAC v. komissio, tuomio 13.6.2000, Kok. 2000, s. II-2267, 122 kohta).

194 Näin ollen ei ole katsottava, että EY 295 artiklalla rajoitetaan EY 87 artiklan 1 kohdan mukaisen valtiontuen käsitteen alaa.

195 Lisäksi toisin kuin kantajat väittävät, siitä, että kilpailusääntöjä sovelletaan yrityksiin riippumatta niihin sovellettavasta omistusoikeusjärjestelmästä, ei seuraa EY 295 artiklan suojan alan rajoittaminen tai se, ettei jäsenvaltiolla olisi käytännössä enää liikkumavaraa niiden hallinnoidessa julkisia yrityksiä, säilyttäessä omistusosuuksiaan näissä yrityksissä tai ottaessaan huomioon muita kuin puhtaasti tuotontavoittelua koskevia arviointiperusteita.

196 Jos oletetaan, että näissä perusteluissa mainitut intressit voisivat estää kilpailusääntöjen soveltamisen, ne on otettu huomioon EY 86 artiklan 2 kohdassa, jossa määrätään, että yrityksiin, jotka tuottavat yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja, sekä fiskaalisiin monopoleihin voidaan jättää soveltamatta kilpailusääntöjä, jos ne oikeudellisesti tai tosiasiallisesti estävät yrityksiä hoitamasta niille uskottuja erityistehtäviä.

197 Käsiteltävänä olevassa asiassa kantajat eivät ole väittäneet, että EY 86 artiklan 2 kohdassa asetetut edellytykset sille, että WestLB voitaisiin vapauttaa kilpailusääntöjen soveltamisesta, olisivat täyttyneet.

198 Lopuksi on huomautettava, että osavaltion väitettä, jonka mukaan valtio voi sijoittajana tai yrittäjänä käyttää muita kuin tuotontavoittelua koskevia lyhyen aikavälin arviointiperusteita, ei ole arvioitava EY 295 artiklan valossa vaan tutkittaessa osavaltion käyttäytymistä markkinataloudessa toimivan sijoittajan näkökulmasta.

199 Edellä esitetyn perusteella EY 295 artiklan rikkomista koskeva väite ei ole perusteltu.

2. Markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatteen soveltaminen kannattavaan yritykseen

a) Asianosaisten lausumat

200 Kantajat moittivat sitä, että komissio sovelsi markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta kannattavaan yritykseen. Ne korostavat, että WestLB on vuosikaudet tuottanut voittoa ja sen odotetaan tuottavan voittoa jatkossakin. WestLB katsoo, että tätä periaatetta, sellaisena kuin sitä sovelletaan silloin, kun kyse on yritysten tervehdyttämiseen tähtäävistä valtion toimenpiteistä, ei voida soveltaa erotuksetta kannattavia yrityksiä koskeviin toimenpiteisiin. Pitkän aikavälin kannattavuuden merkitys menettää merkityksensä, jos yritys on jo osoittanut taloudellisen kannattavuutensa jakamalla säännöllisesti osinkoa. Lisäksi sijoittaminen yritykseen, joka ei ole enää kannattava, kohtaa suuremman riskin kuin sijoittaminen terveeseen yritykseen, ja siten markkinataloudessa toimivan sijoittajan odottamat tuotot ovat erilaiset tilanteen mukaan.

201 Kantajat väittävät, että komissio on soveltanut markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta ja yhteisöjen tuomioistuin on hyväksynyt sen ainoastaan uudelleenjärjesteltävien yritysten osalta. Osavaltio kiistää BdB:n tältä osin mainitseman oikeuskäytännön merkityksen ja väittää, että komission on käyttäytymisen valvonnan yhteydessä osoitettava, ettei yksikään markkinataloudessa toimiva sijoittaja olisi toiminut näin, sillä muuten todistustaakka olisi käännetty. Osavaltio vetoaa väitteidensä tueksi komission vuoden 1993 tiedonannon 2 ja

16 kohtaan ja yhteisöjen tuomioistuimen asiassa C-305/89, Italia vastaan komissio, 21.3.1991 antaman tuomion (Kok. 1991, s. I-1603; nk. Alfa Romeo -tapaus) 20 kohtaan. Osavaltion mukaan EY 295 artiklan vastaista on julkisten viranomaisten aktiivinen valvonta, jonka mukaan viimeksi mainittujen edellytettäisiin osoittavan, että kaikki markkinataloudessa toimivat sijoittajatkin olisivat toimineet näin.

202 Komissio riitauttaa kantajien väitteet ja korostaa, että on tärkeää määrittää, onko valtion pääomasijoitusta julkiseen yritykseen pidettävä "normaalina" liiketoimena vai ylittääkö valtio yrittäjän roolinsa rajat. Jos jäsenvaltio myöntää julkiselle yritykselle varoja muilla kuin markkinaehdoilla, se ei komission mukaan toimi yrittäjänä vaan suosii tätä julkista yritystä asettamalla sen parempaan asemaan kuin kilpailijansa, jotka voivat hankkia uutta pääomaa ainoastaan markkinaehdoin. Valtiontukioikeudessa tämä etu on merkittävä riippumatta mahdollisista julkisen yrityksen saamista voitoista.

203 Komissio katsoo sen, ettei tätä periaatetta sovelleta voittoa tuottaviin yrityksiin, seurauksena olevan se, että valtio voisi ilman valvontaa antaa näiden tappiota tuottamattomien yritysten käyttöön rajoittamattomasti varoja ilman kohtuullista korvausta, mikä vääristäisi kilpailua EY 87 artiklan 1 kohdan vastaisesti.

204 Komissio myöntää joka tapauksessa, että niitä todisteita koskevat vaatimukset, jotka sen on esitettävä soveltaessaan tätä periaatetta voittoa tuottaviin yrityksiin, ovat tiukemmat kuin tilanteessa, jossa se soveltaa tätä periaatetta tappiota tuottaviin tai uudelleen järjestelyn tarpeessa oleviin yrityksiin.

205 Komissio myöntää, että markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta on komission aiemmassa päätöskäytännössä ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeus-

käytännössä sovellettu tilanteisiin, joissa valtio on sijoittanut varoja tappiota tuottaviin tai uudelleen järjestelyn tarpeessa oleviin yrityksiin. Komissio kuitenkin väittää, ettei tämä estä periaatteen soveltamista voittoa tuottaviin yrityksiin ja että sekä komissio että yhteisöjen tuomioistuin ovat jo korostaneet tätä.

b) Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

206 Kuten edellä 178 kohdassa on mainittu, EY 87 artiklan 1 kohdan tavoitteena on ehkäistä se, että julkisviranomaisten myöntämät edut, jotka muodossa tai toisessa vääristävät tai uhkaavat vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa, vaikuttaisivat jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

207 Sen arvioimiseksi, onko valtion toimenpidettä pidettävä tukena, on määritettävä, saako edunsaajayritys sellaista taloudellista etua, jota se ei olisi saanut markkinoilla sovellettavien tavanomaisten ehtojen mukaan (asia C-39/94, SFEI ym., tuomio 11.7.1996, Kok. 1996, s. I-3547, 60 kohta; asia C-342/96, Espanja v. komissio, tuomio 29.4.1999, Kok. 1999, s. I-2459, 41 kohta; asia C-256/97, DM Transport, tuomio 29.6.1999, Kok. 1999, s. I-3913, 22 kohta ja em. asia SIC v. komissio, tuomion 78 kohta).

208 Pelkästään sillä, tuottaako tuensaajana oleva yritys voittoa vai ei, ei kuitenkaan lähtökohtaisesti ole ratkaisevaa merkitystä osoitettaessa sitä, onko tällaista etua saatu. Tämä kysymys on otettava huomioon arvioitaessa sitä, onko julkisen sektorin sijoittaja toiminut markkinataloudessa toimivan sijoittajan tavoin vai saako edunsaajayritys sellaista taloudellista etua, jota se ei olisi saanut markkinoilla sovellettavien tavanomaisten ehtojen mukaan.

209 Lisäksi kantajien väite, jonka mukaan komission aiemmassa päätöskäytännössä ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta on sovellettu ainoastaan uudelleen järjesteltäviin yrityksiin, ei pidä paikkaansa eikä voi kyseenalaistaa riidanalaisen päätöksen pätevyyttä.

210 Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön osalta on huomautettava, että sen lisäksi, ettei tämän periaatteen soveltamista ole siinä koskaan nimenomaisesti rajoitettu koskemaan ainoastaan tappiota tuottavia yrityksiä, siinä on usein käytetty valtiontuen käsitteeseen liittyviä muotoiluja, jotka eivät sulje pois markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatteen soveltamista voittoa tuottaviin yrityksiin, vaan päinvastoin edellyttävät sitä (tältä osin edellä 207 kohdassa mainitun oikeuskäytännön lisäksi ks. asia C-387/92, Banco Exterior de España, tuomio 15.3.1994, Kok. 1994, s. I-877, 13 kohta ja em. asia SFEI ym., tuomion 58—62 kohta).

211 Komission päätöskäytännön osalta on todettava, että vuoden 1993 tiedonantonsa 22 kohdassa komissio toteaa, että yhteisön valtiontukioikeutta on sovellettava "julkisiin yrityksiin niiden tilanteesta riippumatta eikä ainoastaan tappiota tuottaviin yrityksiin, kuten nykyään tehdään". Näin ollen kantajien väite, jota ne perustelevat tämän tiedonannon 2 ja 16 kohdalla, ei voi kyseenalaistaa markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatteen soveltamista kannattaviin yrityksiin.

212 Lisäksi kuten BdB huomauttaa, edellä mainitussa SFMI-Chronopostia koskevassa päätöksessä 98/365/EY vastaaja tutki, olivatko kyseiset toimenpiteet markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatteen mukaisia, huolimatta siitä, että kyseessä olevista tukitoimenpiteistä hyötyvät yritykset olivat tuottaneet tilinpäätöksen mukaan voittoa.

213 Lopuksi on korostettava, että vaikka markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatteen soveltaminen kannattaviin yrityksiin oli uutta komission aiempaan päätöskäytäntöön ja yhteisön oikeuskäytäntöön nähden, tämä ei kyseenalaista tämän periaatteen soveltamisen oikeudellista perustaa. Periaatteen soveltaminen ei ole minkään yhteisön oikeussäännön vastaista vaan, kuten edellä on selvitetty, se on täysin perustamissopimuksen tätä alaa koskevien säännösten mukaista.

214 Tämän vuoksi kantajien väite, jonka mukaan riidanalainen päätös on lainvastainen, koska siinä sovelletaan markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta kannattavaan yritykseen, on hylättävä.

3. Vaatimus, jonka mukaan julkisen sektorin sijoittajan sijoittamalle pääomalle on maksettava kyseisen alan keskimääräistä tuottoa

a) Asianosaisten lausumat

215 Kantajat väittävät, että komission riidanalaisessa päätöksessä esittämä vaatimus julkisen sektorin sijoittajan sijoittaman pääoman vähimmäistuotosta, joka vastaa kyseisen alan keskimääräistä tuottoa, on ensinnäkin EY 87 artiklan 1 kohdan vastainen erityisesti, koska siinä ei oteta huomioon omistajan aseman vaikutusta, toiseksi sekä komission vuoden 1993 tiedonannon että komission aiemman päätöskäytännön ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön vastainen ja kolmanneksi EY 295 artiklan vastainen.

i) Keskimääräistä tuottoa koskevan vaatimuksen yhteensoveltumattomuus EY 87 artiklan 1 kohdan kanssa

216 Kantajat moittivat sitä, että komissio on tukeutunut yksinomaan keskimääräiseen tuottoon määrittäessään sijoitettujen varojen kohtuullista tuottoa ja katsonut näin ollen, että markkinataloudessa toimiva sijoittaja on kiinnostunut yksinomaan tuoton maksimoinnista, ottamatta huomioon sitä, että eräillä yksityisillä sijoittajilla on muita tavoitteita, kuten yrityksen strategioihin taikka sosiaalisiin, kulttuurisiin tai muihin näkökohtiin liittyviä tavoitteita. Kantajat väittävät lisäksi, että keskimääräisen tuoton käyttäminen estää lainvastaisesti sijoittajaa, yritystä ja riidanalaista toimenpidettä koskevien asian erityisten olosuhteiden arvioinnin sekä tämän toimenpiteen vertaamisen muiden vastaavassa tilanteessa olevien yritysten käyttäytymiseen. Osavaltio katsoo, että komissio käyttää väärin harkintavaltaansa, joka sille on myönnetty sen käsitellessä monimutkaisia taloudellisia asioita, kun se käyttää vertailuperusteena keskimääräistä tuottoa ottamatta huomioon yritysten vertailtavuutta. Osavaltio katsoo, että pankkialan keskimääräistä tuottoa on erittäin vaikea määrittää, koska pankkilaitokset ovat erilaisia.

217 WestLB katsoo, että komissio kuvaa yksityistä sijoittajaa virheellisesti. WestLB katsoo, että jopa tuottavuutta tavoitteleva sijoittaja käyttäisi riskien hajautusstrategiaa ja hajauttaisi sijoituksensa markkinoilla. Hän sijoittaisi myös kohteisiin, jotka tuottavat keskimääräistä tai sitä pienempää tuottoa ja jotka tämän vuoksi sisältävät melko alhaisen riskin. Näin ollen valtio saa sijoitukselleen kohtuullisen vastineen, jos se saa markkinoilla havaittavissa olevassa tuottohaarukassa sijoitukselleen tuoton, joka vastaa aiheutunutta riskiä.

218 Osavaltio korostaa, että useat yritykset tuottavat vuosien ajan pienempää tuottoa kuin kilpailijansa ilman, että tämä johtaisi niiden poistumiseen markkinoilta, vaan ainoastaan siihen, että sijoitetulle pääomalle maksetaan alhaisempaa korvausta, mitä sijoittajan on arvioitava.

219 Kantajien mukaan komissio ei voi väittää käyttäneensä keskimääräistä tuottoa koskevaa arviointiperustetta ainoastaan "lähtöarvona". Komissio ei voi katsoa valtiontuen olevan olemassa osoittamatta ensin sitä, ettei yksikään yksityinen sijoittaja olisi vastaavassa tilanteessa tehnyt sijoitusta riidanalaisen toimenpiteen olosuhteita vastaavassa tilanteessa. Tämä merkitsee käsiteltävänä olevassa asiassa, että komission on osoitettava, että osavaltion arvioima tuotto on selvästi alhaisempi kuin se tuottohaarukka, jonka rajoissa yksityinen sijoittaja olisi samassa tilanteessa antanut varojaan yrityksen käyttöön. Osavaltion mukaan vähimmäisarvona voidaan pitää korkeintaan tämän haarukan alhaisinta arvoa eikä tämän haarukan keskiarvoa.

220 WestLB väittää myös, että keskimääräisen tuoton vaatimus johtaa yhteisön kilpailuoikeuden tavoitteiden vastaiseen markkinoiden monopolisoitumiseen. Jos sijoittajat sijoittaisivat varojaan enää ainoastaan vähintään keskimääräistä tuottoa tarjoaviin yrityksiin, jokainen sijoitus tällaisiin yrityksiin aiheuttaisi kyseisen alan keskimääräisen tuoton kasvamisen entisestään. Jokainen keskimääräisen tuoton kasvu vähentäisi niiden yritysten määrää, jotka voivat yhä tarjota keskimääräistä tuottoa ja saada pääomansijoituksia. Tällaisen keskimääräisen tuoton jatkuvan kasvun päätteeksi jäljelle jäisi ainoastaan yksi yritys.

221 Joka tapauksessa osavaltio katsoo, ettei se ole milloinkaan sijoittanut pääomaa siten, että se olisi luopunut osittain tai kokonaan kohtuullisesta korvauksesta. Se toteaa päinvastoin, että se on WestLB:n merkittävin yhteistyökumppani, se on saanut osinkoja, sen voitto on kasvanut WfA:n yhdistämisen jälkeen ja se on hyötynyt 0,6 prosentin suuruiseksi sovitusta voitoista maksettavasta ennakosta. Lisäksi sijoituksesta ei aiheudu osavaltiolle lähes lainkaan kustannuksia ja se saa siitä voittoa, jota se ei olisi muutoin saanut. Yksityiset sijoittajat olisivat toimineet vastaavassa tilanteessa samoin.

222 WestLB ja Saksan liittotasavalta moittivat vielä sitä, että komissio ei ottanut riidanalaisessa päätöksessä huomioon niitä omistajan aseman seurauksia, jotka

ilmenevät silloin, kun sijoittaja, joka omistaa jo osuuden yrityksestä, johon hän haluaa sijoittaa, kasvattaa uudella pääomasijoituksella aiemman pääomasijoituksensa arvoa. Nämä seuraukset johtavat usein siihen, että yritykseen aiemmin sijoittanut sijoittaja antaa tämän käyttöön lisää pääomaa, vaikka tämä sijoitus antaa tapahtuessaan ainoastaan keskimääräistä tuottoa alempaa tuottoa.

223 Osavaltio lisää erityisesti, että jos sijoittaja omistaa yrityksestä suurimman osan, on oletettava, että sijoittajalla on yrityksessä pitkän aikavälin intressi eikä se hae lyhyen aikavälin tuottoa.

224 Ottamalla huomioon omistajan aseman seuraukset voidaan osavaltion mielestä myös erottaa toisistaan tuet ja sijoitukset, jotka eivät ole tukea. Kun mahdollisen ostajan näkökulmasta yrityksen arvo nousee sijoituksen ansiosta vähintään tämän sijoituksen verran, markkinataloudessa toimiva sijoittaja olisi myös sijoittanut nämä varat ainakin silloin, jos se olisi tämän yrityksen omistaja. Jos yrityksen arvo nousee sijoituksen ansiosta sijoituksen arvoa vähemmän, kyse on osavaltion mukaan tuesta. Saksan liittotasavalta lisää, että tämän laskelman kannalta merkitystä ei ole sillä, ettei osavaltio ole WestLB:n ainoa omistaja. Se moittii lisäksi sitä, ettei komissio ole tehnyt tätä laskelmaa.

225 Vastauksessaan BdB:n tältä osin esittämiin huomautuksiin kantajat korostavat, että omistajan aseman seuraukset eivät koske ainoastaan eräitä omistajia, vaan kaikkia pääomansijoituksia yrityksiin, joista sijoittajat omistavat jo osan.

226 WestLB väittää lopuksi, että dynaamisessa taloudessa ilmenee jatkuvasti uusia tuottavia sijoitusmahdollisuuksia, joiden tuotto on suurempi kuin pää-

omamarkkinoiden riskiin suhteutettu tuotto. Sellaisen pankin omistaja, joka omia varoja koskevien säännösten tiukentumisen vuoksi joutuu valitsemaan uusien ulkopuolisten omien varojen sijoittamisen ja sellaisen tilanteen välillä, jossa se ei voi tarjota asiakkailleen samanlaisia luottoja kuin aiemmin, kuuluu WestLB:n mukaan henkilöihin, jotka voivat saada ylimääräistä tuottoa näihin uusiin sijoitusmahdollisuuksiin nähden.

227 Komissio riitauttaa kantajien väitteet ja väittää, että keskimääräinen tuotto ei ole tuen olemassaoloa koskevan tutkimuksen päätepiste, vaan lähtöarvo, jonka perusteella arvioidaan sijoituksen muita erityispiirteitä "kohtuullisen korvauksen" määrittämiseksi. Komissio katsoo, että käsiteltävänä olevassa asiassa se toteutti tämän konkreettisen arvioinnin ja tarkasteli riidanalaisen toimenpiteen erityispiirteitä. Tämä ilmenee komission mukaan esimerkiksi alennuksesta, jonka se toteutti ottaakseen huomioon siitä, että pääoma ei paranna maksuvalmiutta, aiheutuvat hankaluudet, tai korotuksesta, jonka se toteutti ottaakseen huomioon muut erityispiirteet, kuten WfA:n pääoman määrän suhteessa WestLB:n muihin vakuutena oleviin omiin varoihin.

228 Komissio väittää lisäksi, ettei sen tarvinnut ottaa huomioon omistajan aseman seurauksia ainakaan WestLB:n ja Saksan liittotasavallan esittämän muotoilun mukaan. Se väittää, että tällaisessa lähestymistavassa ei oteta huomioon sellaisia mahdollisuuksia sijoittaa yrityksen ulkopuolelle, jotka jokainen sijoittaja tutkisi ottaen huomioon riidanalaisessa toimenpiteessä kyseessä olevan sijoituksen absoluuttisen ja suhteellisen arvon. Se väittää myös, ettei se, että julkiset viranomaiset omistavat osan tietystä yrityksestä, riitä siihen, että uusia pääomansijoituksia pidettäisiin automaattisesti markkinatalouden periaatteiden mukaisina. Markkinataloudessa toimiva sijoittaja haluaisi joka tapauksessa tietää, voiko se saada kohtuullisen korvauksen kokonaissijoituksestaan, joka koostuu aiemmin sijoitetuista varoista ja uusista sijoituksista.

ii) Riidanalaisen päätöksen sekä komission vuoden 1993 tiedonannon, sen aiemman päätöskäytännön ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön välinen ristiriita

229 Ensinnäkin kantajat ja Saksan liittotasavalta katsovat, että keskimääräistä tuottoa koskeva vaatimus on ristiriidassa vuoden 1993 tiedonannon 27—29 kohdassa julkisen sektorin sijoittajalle myönnetyn harkintavallan kanssa. Komission sen väitteen osalta, jonka mukaan tätä harkintavaltaa on erityisesti silloin, kun tuleva tuotto on muuttuva esimerkiksi silloin, kun omien varojen sijoituksista maksetaan korvausta osinkojen ja lisäarvon muodossa, Saksan liittotasavalta katsoo, että tämä näkökulma ei vastaa sellaisen markkinataloudessa toimivan sijoittajan harkintavaltaa, joka voi saada markkinoilla useita eri tuottoja, vaikka ne olisivatkin kiinteitä.

230 Toiseksi WestLB viittaa useisiin komission päätöksiin sen osoittamiseksi, että kiistäessään tuen olemassaolon komissio viittaa lähinnä siihen, että pääomasijoituksia saava yritys on pitkällä aikavälillä kannattava (ks. erityisesti Iberia-yhtiön uuden pääoman lisäyksestä 31 päivänä tammikuuta 1996 tehty komission päätös 96/278/EY (EYVL L 104, s. 25) ja Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä 22.1.1998 julkaistu Duferco Clabecq -nimistä yritystä koskeva komission päätös (EYVL C 20, s. 3)).

231 Kolmanneksi WestLB väittää, että keskimääräisen tuoton katsominen vähimmäistuotoksi on ristiriidassa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa, jossa yhteisöjen tuomioistuin on myöntänyt, että kun valtion toimenpiteet mahdollistavat yrityksen pitkän aikavälin kannattavuuden, sijoitus ei ole tukea. WestLB vetoaa erityisesti oikeuskäytäntöön, jossa yhteisöjen tuomioistuin on myöntänyt, että merkitystä on tietyillä, yksityisten sijoitusten taustalla olevilla muilla kuin tuottavuuteen liittyvillä tavoitteilla, kuten pitkän aikavälin tuottavuusnäkymien ohjaamilla rakenne-, yleis- tai aluepolitiikalla (em. Alfa Romeo -tapaus, tuomion 20 kohta) tai konsernin yrityskuvan säilyttämisellä tai

sen toiminnan uudelleen suuntaamisella (asia C-303/88, Italia v. komissio, tuomio 21.3.1991, Kok. 1991, s. I-1433, Kok. Ep. XI, s. I-127, 21 kohta) tai sen kaltaisilla kotipaikkaan liittyvillä näkökohdilla, jotka julkisasiamies van Gerven esitti viimeksi mainitussa asiassa antamansa ratkaisuehdotuksen 14 kohdassa (Kok. 1991, s. I-1451), jossa hän viittasi siihen, että merkittävä yksityinen holdingyhtiö ei voi olla täysin ottamatta huomioon sen toiminta-alueen työllisyyttä ja taloudellista kehitystä. WestLB väittää, että riidanalainen toimenpide perustuu myös kotipaikkaan liittyviin näkökohtiin ja että osavaltion osalta vahva Landesbank on tärkeä osavaltion julkisten yritysten ryhmän talouden ja yrityskuvan säilyttämisen kannalta.

232 Osavaltio lisää, että yhteisöjen tuomioistuimen mukaan on arvioitava, olisiko vastaavankokoinen sijoittaja samankaltaisissa olosuhteissa sijoittanut pääomaa kyseessä olevin ehdoin (em. asia 40/85, Belgia v. komissio, tuomion 13 kohta). Vastaavasti yhteisöjen tuomioistuin on hiljattain todennut, että julkisen yrityksen käyttäytymisen olisi erotuttava selvästi yksityisen sijoittajan toiminnasta samassa tilanteessa, jotta sitä voitaisiin pitää valtiontukena (em. asia DM Transport).

233 Komissio kiistää BdB:n tukemana sen, että riidanalainen päätös olisi ristiriidassa vuoden 1993 tiedonannon kanssa sillä perusteella, että jäsenvaltioille on jätetty harkintavaltaa omien varojen sijoittamisen osalta. Komissio väittää lisäksi, että tämä harkintavalta ei voi koskea päätöksiä, joita selvästikään ei ole tehty markkinaolosuhteissa, mikä on tilanne riidanalaisen päätöksen osalta. Tämä harkintavalta on jätetty jäsenvaltioille lähinnä, kun tuleva tuotto riippuu yrityksen todellisesta taloudellisesta tuloksesta, kuten silloin, kun omien varojen sijoittamiselle maksetaan korvaus osinkoina ja arvonlisänä.

iii) Se, että keskimääräisen tuoton vaatimus rikkoo EY 295 artiklaa

234 Kantajat väittävät ensinnäkin, että keskimääräisen tuoton käyttäminen vähimmäistuottoa koskevana vaatimuksena syrjii julkisia yrityksiä suhteessa yksityisiin

yrityksiin ja sijoittajina toimivia julkisviranomaisia suhteessa yksityisiin sijoittajiin.

235 Kantajien mukaan komissio käyttää ohjeenaan yksinomaan tuottavuuden periaatetta, jota se haluaa käyttää erotuksetta sekä julkisiin että yksityisiin yrityksiin, sellaisen yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön vastaisesti, jossa tunnustettiin nimenomaisesti, että julkisten ja yksityisten yritysten toiminnalla voi olla täysin erilaisia tavoitteita (yhdistetyt asiat 188/80—190/80, Ranska ym. v. komissio, tuomio 6.7.1982, Kok. 1982, s. 2545, 21 kohta, joka koskee jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten välisten taloudellisten suhteiden avoimuudesta 25 päivänä kesäkuuta 1980 annettua komission direktiiviä 80/723/ETY (EYVL L 195, s. 35)). Lisäksi kyseessä olevan alan kokonaistilanteesta riippuvaa keskimääräistä tuottoa koskevan vaatimuksen käyttöönotto estää julkisia yrityksiä tavoittelemasta muita päämääriä, kuten puhtaasti yleisen edun mukaisia tavoitteita, joihin ei sovelleta EY 86 artiklan 2 kohdan valtiontukisääntöjä.

236 WestLB väittää vielä, että komission lähestymistapa rajoittaa huomattavasti julkisviranomaisten sijoittamisvapautta yksityisten sijoittajien sijoittamisvapauteen nähden. Kun yksityisellä sijoittajalla on täysi oikeus sijoittaa yrityksiin, joiden tuotto on keskimääräistä alhaisempi, julkisviranomaiset voivat sijoittaa ainoastaan yrityksiin, joiden tuotto on vähintään keskimääräinen. Näin ollen komission lähestymistavasta seuraa, että yksityiset sijoittajat voivat toteuttaa sijoituksensa huomattavasti useampien perusteluiden nojalla kuin julkisviranomaiset. Osavaltio korostaa, että sekä julkisen sektorin sijoittajien että yksityisten sijoittajien sijoituspäätöksiä ohjaavat tuotto-odotusten lisäksi muut seikat, kuten olemassa olevien omistusten parantamisen tai vahvistamisen kaltaiset strategiset tavoitteet.

237 Toiseksi WestLB katsoo, että julkisten yhtiöiden keskimääräistä tuottoa koskeva vaatimus johtaa epäsuoraan yksityistämispaineeseen. Julkiset yritykset, jotka

tuottavat keskimääräistä alhaisempaa tuottoa, eivät voi kattaa lisäpääoman tarvettaan, toisin kuin yhtä tuottavat yksityiset yritykset. Jäsenvaltioilla on näin ollen paineita yksityistää nämä yritykset välttääkseen sen, että ne poistuvat markkinoilta.

238 Komissio riitauttaa BdB:n tukemana myös kantajien väitteen, jonka mukaan keskimääräistä tuottoa koskeva vaatimus rikkoo EY 295 artiklaa. Ensinnäkin komissio hylkää väitteen, jonka mukaan keskimääräisen tuoton käyttäminen "kohtuullisen korvauksen" laskemisessa syrjii julkisia yrityksiä ja sijoittajina toimivia julkisviranomaisia.

239 Toisaalta julkisten yritysten osalta komissio kiistää sen, että keskimääräistä tuottoa koskevan arviointiperusteen käyttäminen estäisi niitä toteuttamasta julkisia tehtäviään.

240 Toisaalta julkisviranomaisten osalta komissio toteaa, että valtion sijoittamisvapautta ei rajoiteta suhteessa yksityisiin sijoittajiin, vaan kyse on ainoastaan sijoitusten arvioimisesta kyseessä olevilla markkinoilla voimassa olevien olosuhteiden valossa, kun ne koskevat julkisen yrityksen sellaista osaa, joka on alttiina kilpailulle.

241 Julkisten ja yksityisten sijoittajien vastaavien kaupallisten intressien osalta komissio katsoo, ettei keskimääräistä tuottoa koskevan arviointiperusteen käyttäminen millään tavalla merkitse syrjintää. Julkiset sijoittajat, kuten yksityisten varojen sijoittajat haluavat loppujen lopuksi saada kohtuullista tuottoa, vaikka niiden sijoituksiin vaikuttavat strategiset tai pitkän aikavälin näkökohdat.

Komissio ei tutki ainoastaan sitä, tuottaako kyseessä oleva yritys voittoa, vaan myös sitä, vastaako tuotto markkinoilla tavallisesti maksettavaa tuottoa. Näiden samojen arviointiperusteiden soveltaminen julkisen sektorin sijoittajaan ei näin ollen merkitse syrjintää, vaan heijastelee yksinomaan markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatteen soveltamista.

242 Toiseksi komissio hylkää väitteen, jonka mukaan keskimääräistä tuottoa koskevan arviointiperusteen käyttäminen oikein johtaisi yksityistämisvaatimukseen. Tätä tuottoa sovelletaan viitearvona ainoastaan julkisen yrityksen kilpailulle alttiiseen toimintaan, ja julkisten yritysten toiminnan julkinen osa nauttii EY 86 artiklan 2 kohdan erityissuojasta. Komission mukaan ei ole olemassa yksityistämisvelvoitetta, vaan velvoite käyttäytyä markkinaedellytysten mukaisesti kilpailulle alttiilla toiminta-alalla.

b) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

243 Kuten edellä 206 ja 207 kohdassa todettiin, EY 87 artiklan 1 kohdan tavoitteena on ehkäistä se, että julkisviranomaisten myöntämät edut, jotka muodossa tai toisessa vääristävät tai uhkaavat vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa, vaikuttaisivat jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Sen arvioimiseksi, onko valtion toimenpidettä pidettävä tukena, on määritettävä, saako edunsaajayritys sellaista taloudellista etua, jota se ei olisi normaaleissa markkinaolosuhteissa saanut.

244 Lisäksi vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan julkisviranomaisten muodossa tai toisessa tekemät sijoitukset yrityksiin voivat olla valtiontukea, kun EY 87 artiklan edellytykset täyttyvät.

245 Sen määrittämiseksi, onko tällainen sijoitus valtiontukea, on arvioitava, olisiko normaaleissa markkinaolosuhteissa toimiva yksityinen sijoittaja (jäljempänä yksityinen sijoittaja), joka on kooltaan verrattavissa julkisen sektorin toimintaa ohjaaviin elimiin, samankaltaisissa olosuhteissa voinut tehdä kyseisen pääomansijoituksen (asia C-142/87, Belgia v. komissio, tuomio 21.3.1990, Kok. 1990, s. I-959, Kok. Ep. X, s. 387, 29 kohta ja em. asia Alfa Romeo, tuomion 18 ja 19 kohta). Erityisesti on pohdittava, olisiko yksityinen sijoittaja toteuttanut kyseisen järjestelyn samoin edellytyksin, ja jos vastaus on kieltävä, on tutkittava, millä edellytyksillä se olisi voinut sen toteuttaa (asia T-16/96, Cityflyer Express v. komissio, tuomio 30.4.1998, Kok. 1998, s. II-757, 51 kohta).

246 Julkisen sektorin sijoittajan ja yksityisen sijoittajan käyttäytymistä on vertailtava ottaen huomioon se tapa, jolla yksityinen sijoittaja olisi kyseessä olevan toimenpiteen toteuttamisajankohtana suhtautunut asiaan, kun otetaan huomioon tuolloin käytettävissä olleet tiedot ja ennakoitavissa olleet kehityssuuntaukset (em. asia Cityflyer Express v. komissio, tuomion 76 kohta).

247 Käsiteltävänä olevassa asiassa on aluksi korostettava, että tämän kanneperusteen yhteydessä kyse on siitä, onko komissiolla yleisesti ottaen toimivalta käyttää kyseessä olevan alan keskimääräistä tuottoa analyyttisenä keinona määrittää yksityisen sijoittajan käyttäytyminen.

248 Sen sijaan kysymys siitä, onko yksityisen sijoittajan periaatteen soveltaminen käsiteltävänä olevassa asiassa lainvastaista vai ei, erityisesti kun kyse on komission huomioon ottaman keskimääräisen tuoton arvon konkreettisesta määrittämisestä, kuuluu viidennen kanneperusteen tarkasteluun, joka toteutetaan jäljempänä.

249 Ensiksi kantajat väittävät, että keskimääräisen tuoton käyttäminen on EY 87 artiklan 1 kohdan vastaista. Ne moittivat sitä, että komissio on tukeutunut yksinomaan keskimääräiseen tuottoon määrittääkseen riidanalaisen toimenpiteen kohtuullisen korvauksen, ettei komissio ole ottanut huomioon asian kaikkia erityispiirteitä, että komissio on arvioinut yksityisen sijoittajan olevan kiinnostunut ainoastaan tuoton maksimoinnista ja ettei komissio ole ottanut huomioon omistajan aseman seurauksia.

250 Aluksi on todettava, että keskimääräinen tuotto on ainoastaan EY 87 artiklan 1 kohtaa sovellettaessa käytetty analyyttinen keino.

251 Näin ollen keskimääräinen tuotto ei voi olla automaattinen arviointiperuste määritettäessä valtiontuen olemassaoloa ja suuruutta. Se ei poista komissiolta sen velvollisuutta arvioida täysimääräisesti kaikkia riidanalaisen toimenpiteen merkityksellisiä piirteitä ja sen asiayhteyttä, mukaan luettuna edunsaajana olevan yrityksen ja kyseessä olevien markkinoiden tilannetta, tarkastaakseen, saako edunsaajana oleva yritys sellaista taloudellista etua, jota se ei olisi saanut normaaleissa markkinaolosuhteissa.

252 Keskimääräisen tuoton käyttämistä analyyttisenä keinona säätelevät kaikki valtiontukea koskevat yhteisön oikeuden säännökset. Keskimääräisen tuoton käyttäminen ei vapauta komissiota velvoitteestaan ottaa huomioon se mahdollisuus, että kyseessä oleva tuki täyttää ne edellytykset, joilla se voidaan hyväksyä EY 86 artiklan 2 kohdan poikkeuksen nojalla.

253 Keskimääräisen tuoton käyttäminen ei vaikuta komissiolle EY 253 artiklassa asetettuun velvoitteeseen perustella riittävästi lopullinen päätöksensä, joka koskee kyseessä olevan valtiontuen olemassaoloa ja suuruutta.

254 Näillä edellytyksillä muun muassa kyseessä olevan alan keskimääräisen tuoton käyttäminen analyyttisenä keinona voi olla perusteltua sovellettaessa yksityisen sijoittajan periaatetta sen määrittämiseksi, saako edunsaajana oleva yritys taloudellista etua, jota se ei olisi saanut normaaleissa markkinaolosuhteissa, ja jos saa, missä määrin.

255 Markkinataloudessa toimivan yksityisen sijoittajan käyttäytymistä ohjaavat tuottonäkymät (asia T-296/97, Alitalia v. komissio, tuomio 12.12.2000, Kok. 2000, s. II-3871, 84 kohta). Keskimääräisen tuoton käyttämisen on näin ollen vastattava ajatusta, jonka mukaan asiantunteva yksityinen sijoittaja eli sijoittaja, joka pyrkii maksimoimaan voittonsa ottamatta liikaa riskejä muihin markkinatoimijoihin nähden, edellyttäisi sijoitukselta odottamaansa korvausta koskevissa laskelmissaan periaatteessa vähimmäistuottoa, joka on kyseisen alan keskimääräisen tuoton suuruinen.

256 Käsiteltävänä olevassa asiassa on korostettava, että keskimääräisen tuoton käyttäminen kuuluu yksityisen sijoittajan periaatteen soveltamiseen kannattavaan yritykseen. Lisäksi tuen olemassaolon ja määrän laskemiseksi komission piti käyttää viitearvoa vertaillessaan riidanalaista toimenpidettä ja yksityisen sijoittajan käyttäytymistä.

257 Väitteistä, joiden mukaan yksityinen sijoittaja ei ole kiinnostunut yksinomaan sijoitustensa tuottojen maksimoinnista eikä komissio ole ottanut huomioon

omistajan aseman seurauksia, on toistettava, ettei keskimääräisen tuoton käyttäminen vapauta komissiota velvoitteestaan arvioida kaikkia riidanalaisen toimenpiteen merkityksellisiä piirteitä ja sen asiayhteyttä. Tätä kysymystä käsitellään jäljempänä tutkittaessa yksityisen sijoittajan periaatteen soveltamista käsiteltävänä olevaan asiaan.

258 Tämän vuoksi on todettava, että pelkästään se, että komissio käytti kyseessä olevan alan keskimääräisen tuottoa vastaavaa vähimmäistuottoa analyyttisenä keinona ottaessaan huomioon kaikki käsiteltävänä olevassa asiassa merkitykselliset seikat, ei ole EY 87 artiklan 1 kohdan vastaista.

259 Toiseksi kantajat väittävät, että riidanalainen päätös on ristiriidassa komission vuoden 1993 tiedonannon, sen aiemman päätöskäytännön ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön kanssa.

260 Kyseisen tiedonannon 27 kohdan osalta on huomautettava, että komissio myöntää siinä, että sijoittajalle on jätettävä harkintavaltaa sijoituksen riskin arvioinnissa, mutta toteaa, että tämän arvioinnin suorittamiseksi "julkisten yritysten on, kuten yksityisten yritysten, sovellettava tuottavuutta koskevia perusteita". Tiedonannon 29 kohdassa se toistaa ajatuksen, jonka mukaan "liiketaloudelliset sijoituspäätökset edellyttävät huomattavaa harkintavaltaa", mutta se sisällyttää tämän ajatuksen yleisempään arviointiin, joka koskee sitä tapaa, jolla määritetään, onko kyseessä valtiontuki vai ei, mikä ei myöskään tue kantajien väitettä.

261 Lisäksi, kuten komissio huomauttaa, on mahdollista erottaa toisistaan sellaisen hankkeen odotettavissa oleva tuotto, jossa julkisen sektorin sijoittajalla on tietty

harkintavalta, ja tämän sijoittajan tekemä tutkimus sen määrittämiseksi, vaikuttaako tuotto sen mielestä riittävältä sellaisen sijoituksen tekemiseksi, jonka osalta harkintavalta on laajempi, sillä kyseistä toimenpidettä on mahdollista verrata sijoitettavan pääoman muihin sijoitusmahdollisuuksiin.

262 Keskimääräistä tuottoa koskevan vaatimuksen sekä komission käytännön ja oikeuskäytännön välisen väitetyn ristiriidan osalta, joka perustuu siihen, ettei komissio tai yhteisöjen tuomioistuin ole aiemmin edellyttänyt tällaista tuottoa sen määrittämiseksi, onko kyseessä valtiontuki vai ei, on todettava, että tässä päätöskäytännössä tai oikeuskäytännössä ei ole myöskään missään tapauksessa suljettu pois mahdollisuutta esittää tällainen vaatimus. Päinvastoin valtiontuen käsitteeseen liittyvässä oikeuskäytännössä esitetään aineellinen arviointiperuste, joka merkitsee mahdollisuutta käyttää keskimääräistä tuottoa sovellettaessa yksityisen sijoittajan periaatetta (ks. edellä 207 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö ja em. asia Banco Exterior de España, tuomion 13 kohta ja em. asia SFEI ym, tuomion 58—62 kohta).

263 Lopuksi on huomautettava, että vaikka keskimääräisen tuoton käyttäminen tätä periaatetta sovellettaessa olisi uutta komission käytäntöön tai yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön nähden, tämän käyttämisen oikeudellista perustetta ei tällä kuitenkaan kyseenalaisteta. Edellä (250—253 ja 255 kohdassa) mainituin rajoituksin tämä ei ole minkään yhteisön oikeussäännön vastaista, vaan kuten on selvitetty, se on tällä alalla sovellettavien säännösten mukaista.

264 Tämän vuoksi on todettava, että komission vuoden 1993 tiedonanto, vastaajan aiempi käytäntö ja oikeuskäytäntö eivät voi kyseenalaistaa keskimääräisen tuoton käyttämistä sovellettaessa yksityisen sijoittajan periaatetta edellä selvitetyin edellytyksin.

265 Kolmanneksi kantajat väittävät sen, että komissio käyttää keskimääräistä tuottoa, olevan EY 295 artiklan vastaista erityisesti siksi, että tämä johtaa julkisten yritysten syrjintään suhteessa yksityisiin yrityksiin ja sijoittajina toimivien julkisviranomaisten syrjintään suhteessa yksityisiin sijoittajiin.

266 Tältä osin on korostettava, että kuten edellä 193 kohdassa todetaan, kilpailusääntöjä sovelletaan erotuksetta julkisiin ja yksityisiin yrityksiin ja ettei EY 295 artiklalla estetä tätä periaatetta.

267 Lisäksi vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan julkisten ja yksityisten yritysten yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta seuraa, että pääomia, jotka valtio antaa suoraan tai välillisesti jonkin yrityksen käyttöön olosuhteissa, jotka vastaavat tavanomaisia markkinaedellytyksiä, ei voida pitää valtiontukina (edellä 231 kohdassa mainittu asia Italia v. komissio, tuomion 20 kohta ja em. asiassa Ranska v. komissio, 16.5.2002 annetun tuomion 69 kohta).

268 Tässä yhteydessä keskimääräisen tuoton käyttämisellä analyyttisenä keinona yksityisen sijoittajan periaatetta sovellettaessa pyritään määrittämään, onko riidanalainen toimenpide toteutettu normaaleja markkinaolosuhteita vastaavissa olosuhteissa.

269 Siltä osin kuin keskimääräisen tuoton käyttäminen täyttää edellä 250—253 ja 255 kohdassa mainitut edellytykset, ei voida katsoa, että sillä loukattaisiin julkisten ja yksityisten yritysten tai julkisen sektorin sijoittajien ja yksityisten sijoittajien tasavertaisen kohtelun periaatetta.

270 Siltä osin kuin komission on edelleen tutkittava kaikki riidanalaisen toimenpiteen merkitykselliset piirteet ja sen asiayhteys, sen on otettava huomioon se, olisiko asiantunteva yksityinen sijoittaja kyseessä olevan julkisen sektorin sijoittajan asemassa hyväksynyt muilla kuin tuoton maksimointia koskevilla taloudellisilla perusteilla kohtuullisena korvauksena tuoton, joka on kyseisen alan keskimääräistä tuottoa pienempi. Sama huomautus soveltuu väitteeseen, joka koskee väitettyä julkisten ja yksityisten yritysten välistä syrjintää, koska edunsaajana olevaan yritykseen liittyvät riidanalaisen toimenpiteen erityispiirteet on otettava huomioon myös yksityisen sijoittajan periaatetta sovellettaessa.

271 Lisäksi on todettava, että vaatimuksen, jonka mukaan asiantuntevan yksityisen sijoittajan käyttäytyminen on otettava huomioon arvioitaessa julkisen sektorin sijoittajan käyttäytymistä, kun taas minkään yksityisen sijoittajan käyttäytymistä ei rajoiteta tällä tavoin, ei ole katsottava johtavan julkisen sektorin sijoittajan syrjintään.

272 Yhdenvertaisuusperiaatteen mukaan toisiinsa verrattavia tapauksia ei saa kohdella eri tavoilla siten, että siitä aiheutuu joillekin toimijoille haittaa muihin toimijoihin verrattuna, ellei tätä erilaista kohtelua voida perustella tiettyä merkitystä omaavien objektiivisten eroavuuksien olemassaololla (ks. T-106/96, Wirtschaftsvereinigung Stahl v. komissio, tuomio 7.7.1999, s. II-2155, 103 kohta). Julkisen sektorin sijoittaja ei ole kuitenkaan samassa tilanteessa kuin yksityinen sijoittaja. Viimeksi mainittu voi luottaa sijoitustensa rahoittamiseksi ainoastaan omiin varoihinsa ja vastaa näin ollen valintojensa seurauksista omalla omaisuudellaan. Sen sijaan julkisen sektorin sijoittaja voi käyttää julkisen vallan käyttämisestä saamiaan varoja, erityisesti verovaroja. Koska näiden erityyppisten sijoittajien tilanteet eivät ole samanlaiset, asiantuntevan yksityisen sijoittajan käyttäytymisen huomioon ottaminen arvioitaessa julkisen sektorin sijoittajan käyttäytymistä ei voi olla viimeksi mainittua syrjivää.

273 Toisin kuin kantajat väittävät, keskimääräisen tuoton käyttäminen ei estä julkisia yrityksiä täyttämästä EY 86 artiklan 2 kohdassa suojattuja yleisen edun mukaisia tehtäviä, koska komission on aina otettava huomioon se mahdollisuus, että kyseessä oleva tuki täyttää tässä määräyksessä asetetut hyväksymisen edellytykset.

274 Tämän vuoksi on todettava, ettei edellä esitetyissä olosuhteissa keskimääräisen tuoton käyttäminen yksityisen sijoittajan periaatetta sovellettaessa ole myöskään EY 295 artiklan vastaista.

275 Tästä seuraa, että kantajien väite, joka perustuu siihen, että on lainvastaista käyttää keskimääräistä tuottoa yksityisen sijoittajan periaatetta sovellettaessa, on hylättävä.

276 Edellä esitetyn perusteella kantajien neljännen kanneperusteen toinen osa, jonka mukaan komissio laajensi riidanalaisessa päätöksessään lainvastaisesti valtiontuen käsitettä, on hylättävä.

277 Näin ollen kantajien kanneperuste, jonka mukaan EY 87 artiklan 1 kohtaa ja EY 295 artiklaa on rikottu, koska komissio tulkitsi riidanalaisessa päätöksessä virheellisesti valtiontuen käsitettä, on hylättävä kokonaisuudessaan.

V Viides ja kuudes kanneperuste, jotka koskevat perusteluvelvollisuuden laiminlyömistä ja EY 87 artiklan 1 kohdan ja EY 295 artiklan rikkomista ensinnäkin sen osalta, onko käytetty valtion varoja, toiseksi sen osalta, että komission mukaan riidanalainen toimenpide vääristää kilpailua ja vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, ja kolmanneksi sen osalta, että komissio soveltaa markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta

278 Aluksi perusteluvelvollisuuden osalta on huomautettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan perusteluvelvollisuuden laajuus riippuu kyseessä olevan toimen luonteesta ja sen asiayhteydestä. Perusteluista on selkeästi ja yksiselitteisesti ilmettävä toimielimen päättely siten, että yhteisöjen tuomioistuin voi tutkia toimenpiteen laillisuuden ja että niille, joita toimenpide koskee, selviävät sen syyt, jotta he voivat puolustaa oikeuksiaan ja arvioida, onko päätös perusteltu (em. asia Skibsværftsforeningen ym. v. komissio, tuomion 230 kohta ja em. asia EPAC v. komissio, tuomion 34 kohta).

279 Perusteluissa ei kuitenkaan tarvitse esittää kaikkia asiaan liittyviä tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja koskevia yksityiskohtia, koska tutkittaessa sitä, täyttävätkö päätöksen perustelut EY 253 artiklan vaatimukset, on otettava huomioon päätöksen sanamuodon lisäksi myös sen asiayhteys ja kaikki asiaa koskevat oikeussäännöt (em. asia Skibsværftsforeningen ym. v. komissio, tuomion 230 kohta ja yhdistetyt asiat 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 ja T-23/98, Alzetta ym. v. komissio, tuomio 15.6.2000, Kok. 2000, s. II-2319, 175 kohta).

280 Komissio ei myöskään ole velvollinen ottamaan kantaa kaikkiin asianomaisten esittämiin väitteisiin, vaan sen on ainoastaan tutkittava sellaiset tosiseikkoja ja oikeudellisia seikkoja koskevat väitteet, joilla on olennainen merkitys päätöksen

kannalta (ks. asia T-459/93, Siemens v. komissio, tuomio 8.6.1995, Kok. 1995, s. II-1675, 31 kohta ja em. asia EPAC v. komissio, tuomion 35 kohta).

281 Esimerkiksi tukitoimenpiteen luokittelun osalta perusteluvelvollisuus edellyttää sitä, että komissio osoittaa ne syyt, joiden perusteella se katsoo, että kyseinen toimenpide kuuluu EY 87 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan (em. asia EPAC v. komissio, tuomion 36 kohta).

282 Riidanalaisen päätöksen aineellisen tarkastelun osalta on huomautettava, että kun komissio arvioi sitä, onko sijoitus markkinataloudessa toimivan sijoittajan toimintaan perustuvan arviointiperusteen mukainen, kyseessä on monitahoinen taloudellinen arviointi. Komissiolla on antaessaan toimea, joka sisältää näin monitahoista taloudellista arviointia, laaja harkintavalta, ja vaikka kyseisen toimen tuomioistuinvalvonta on lähtökohtaisesti "kokonaisvaltaista" sen osalta, kuuluuko tietty toimenpide EY 87 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan, tämä valvonta kohdistuu ainoastaan siihen, että menettelyä ja perustelemista koskevia sääntöjä on noudatettu, että riidanalaisen ratkaisun perustana olevat tosiseikat pitävät asiallisestikin paikkansa, että tällaisten seikkojen arvioinnissa ei ole tapahtunut ilmeistä arviointivirhettä ja että harkintavaltaa ei ole käytetty väärin. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tehtävänä ei missään tapauksessa ole korvata päätöksen tekijän taloudellista arviointia omalla arvioinnillaan (yhdistetyt asia T-126/96 ja T-127/96, BFM ja EFIM v. komissio, tuomio 15.9.1998, Kok. 1998, s. II-3437, 81 kohta ja em. asia Alitalia v. komissio, tuomion 105 kohta ja siinä mainittu oikeuskäytäntö).

283 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin pyrkii näitä kanneperusteita tutkiessaan määrittämään, rasittaako päätöstä perusteluvelvollisuuden laiminlyönti tai EY 87 artiklan 1 kohdan tai EY 295 artiklan rikkominen. Viimeksi mainitun osalta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutkii erityisesti, tekikö komissio ilmeisen arviointivirheen soveltaessaan riidanalaiseen toimenpiteeseen markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta.

A *Ensimmäinen osa: Perusteluvelvollisuuden laiminlyöminen valtion varojen käyttämisen osalta*

1. Asianosaisten lausumat

284 Osavaltio katsoo, että komissio ei ole perustellut oikeudellisesti arvioiden riittävästi valtion varojen käyttämistä riidanalaisessa toimenpiteessä.

285 Komissio kiistää sen, ettei se olisi perustellut valtion varojen käyttämistä riidanalaisessa toimenpiteessä. Se muistuttaa todenneensa, että WfA on julkisia varoja käyttävä julkinen yritys ja että tällaisen omaisuuden myöntäminen pääomana yritykselle merkitsee väistämättä valtion varojen käyttöä.

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

286 Kuten edellä 182 kohdassa korostettiin ja kuten riidanalaisen päätöksen 27—30 ja 38 perustelukappaleessa todettiin, on kiistatonta, että WfA oli julkisoikeudellinen laitos, johon oli sijoitettu julkisia varoja, että osavaltio omisti WfA:n kaikki osakkeet ja että sen pääoma yhdistettiin WestLB:hen osavaltion maapäivien antamalla lailla. Näissä olosuhteissa on selvää, että riidanalainen toimenpide merkitsee valtion varojen käyttämistä. Näin ollen riidanalaisen päätöksen perustelut ovat tältä osin riittävät.

B *Toinen osa: perusteluvelvollisuuden laiminlyöminen ja EY 87 artiklan 1 kohdan rikkominen sen osalta, että riidanalainen toimenpide vääristää kilpailua ja vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan*

1. Asianosaisten lausumat

287 WestLB tukeutuu yhteisöjen tuomioistuimen yhdistetyissä asioissa 296/82 ja 318/82, Alankomaat ja Leeuwarder Papierwarenfabriek v. komissio, 13.3.1985 antamaan tuomioon (Kok. 1985, s. 809, Kok. Ep. VIII, s. 107, 24 kohta) ja väittää, että komissio laiminlöi perusteluvelvoitettaan myös kilpailun vääristymisen ja jäsenvaltioiden välisen kaupan rajoittumisen osalta. Tältä osin päätöksessä esitetään ainoastaan yleisiä toteamuksia rahoitusmarkkinoiden vapautumisesta ja WestLB:n toiminnasta ulkomailla.

288 Toissijaisesti siltä varalta, että riidanalaisessa päätöksessä käytetty valtiontuen käsitteen tulkinta olisi oikea, WestLB väittää, ettei WfA:n luovuttaminen WestLB:lle vääristä kilpailua eikä vaikuta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Vaikka kyseessä oleva toimenpide olisi valtiontukea, komission olisi osoitettava, että se vääristää kilpailua ja vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, mitä se ei tehnyt. Pelkästään se, ettei WestLB toimi ainoastaan Nordrhein-Westfalenin osavaltiossa vaan myös ulkomailla, ei riitä osoittamaan kilpailun vääristyneen. Myöskään viittaus osavaltion lain perusteluihin WfA:n WestLB:lle luovutuksen osalta ei voi sellaisenaan osoittaa jäsenvaltioiden välisen kaupan rajoittuneen. Kaupan rajoittuminen olisi osoitettava objektiivisesti, eikä lainsäätäjän perusteluilla ole merkitystä tässä yhteydessä.

289 Komissio väittää perustelleensa riidanalaisen päätöksen riittävästi kilpailun vääristymisen ja jäsenvaltioiden väliseen kauppaan aiheutuvien vaikutusten osalta. Se huomauttaa maininneensa tiiviin yhteyden luottolaitoksen omien varojen ja sen pankkitoiminnan välillä sekä sen, että WestLB "tarjoaa palveluitaan kilpaillen muiden eurooppalaisten pankkien kanssa". BdB lisää, että kantajat olivat osallistuneet menettelyyn ja olivat näin ollen tietoisia kaikista komission kyseessä olevaa seikkaa koskevan kannan yksityiskohdista (asia T-55/99, CETM v. komissio, tuomion 29.9.2000, Kok. 2000, s. II-3207, 76 kohta ja sitä seuraavat kohdat sekä 100 kohta ja sitä seuraavat kohdat).

290 Lisäksi komission mukaan riidanalainen toimenpide voi rajoittaa kilpailua, koska sillä on annettu WestLB:lle etuja, joiden avulla se saattoi vähentää kustannuksiaan noudattaen tiukempia vakavaraisuusedellytyksiä. Sillä vahvistettiin komission mukaan myös sen asemaa muihin kilpailijoihin nähden sekä kansallisessa että yhteisön sisäisessä kaupassa, mikä riittää siihen, että kilpailun voidaan olettaa vääristyneen ja tuen vaikuttaneen jäsenvaltioiden väliseen kauppaan (julkisasiamies Saggion asiassa C-156/98, Saksa v. komissio, tuomio 19.9.2000, Kok. 2000, s. I-6857, s. I-6864, antaman ratkaisuehdotuksen 24 kohta ja julkisasiamies Cosmasin asiassa C-288/96, Saksa v. komissio, tuomio 5.10.2000, Kok. 2000, s. I-8237, s. I-8241, antaman ratkaisuehdotuksen 106 kohta ja sitä seuraavat kohdat). BdB lisää, että koska WestLB maksaa WfA:n pääomalle muuta kuin markkinakorkoa, se saa toimintatukea. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan toimintatukien oletetaan kuitenkin sellaisinaan vääristävän kilpailua eikä kantaja ole kumonnut tätä oletusta.

291 Jäsenvaltioiden väliseen kauppaan kohdistuvien vaikutusten osalta komissio mainitsee WfA:n luovutusta WestLB:lle koskevan osavaltion lain perustelut, joissa todetaan, että tuolloin pohdittavana olleen riidanalaisen toimenpiteen tavoitteena on WestLB:n "kansallisen ja kansainvälisen kilpailukyvyn" vahvistaminen.

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

292 Tutkittavana olevan kohdan perustelujen osalta on huomautettava edellä 278—281 kohdassa mainitun oikeuskäytännön lisäksi, että vaikka tuen myöntämiseen liittyvistä seikoista ilmenisi, että tuki voi vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja vääristää tai uhata vääristää kilpailua, komission on joka tapauksessa mainittava nämä seikat päätöksensä perusteluissa (asia 57/86, Kreikka v. komissio, tuomio 7.6.1988, Kok. 1988, s. 2855, 15 kohta; yhdistetyt asiat C-329/93, C-62/95 ja C-63/95, Saksa ym. v. komissio, tuomio 24.10.1996, Kok. 1996, s. I-5151, 52 kohta ja asia T-214/95, Vlaams Gewest v. komissio, tuomio 30.4.1998, Kok. 1998, s. II-717, 64 kohta).

293 On kuitenkin todettava, että vastaaja mainitsi riidanalaisessa päätöksessä sen, että WestLB oli kansainvälinen yleisliikepankki; sen ulkomaantoiminta tapahtuu pääasiassa Euroopassa; vuonna 1997 sen ulkomaantoiminta muodosti 48 prosenttia sen konsolidoimattomista tuloista; se kilpailee palveluntarjoajana muiden eurooppalaisten pankkien kanssa, ja luottolaitoksen omien varojen ja sen pankkitoiminnan välillä on suora yhteys (riidanalaisen päätöksen 17—20, 55—66 ja 157—160 perustelukappale).

294 Näin ollen vastaaja on esittänyt riittävän selkeästi tosiseikat ja oikeudelliset näkökohdat, joilla on päätöksen kannalta tältä osin olennaista merkitystä. Näistä perusteluista kantajille ja yhteisöjen tuomioistuimelle selviävät ne syyt, joiden perusteella vastaaja katsoi, että riidanalainen toimenpide vääristää kilpailua ja vaikuttaa unionin sisäiseen kauppaan.

295 Komission ei tarvinnut tehdä numerotasolla erittäin tarkkaa taloudellista arviointia, koska se oli ilmoittanut, miltä osin vaikutukset kilpailuun ja jäsenvaltioiden väliseen kauppaan olivat ilmeisiä.

296 Komission ei tarvinnut näyttää toteen todellisia vaikutuksia, joita laittomilla tuilla on ollut kilpailuun ja jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Tällaisen näytön esittämistä koskevan vaatimuksen asettaminen komissiolle johtaisi näet niiden jäsenvaltioiden suosimiseen, jotka maksavat tukia noudattamatta EY 88 artiklan 3 kohdassa tarkoitettua ilmoitusvelvollisuutta, niiden kustannuksella, jotka ilmoittavat tuesta suunnitteluvaiheessa (asia T-214/95, Vlaams Gewest v. komissio, tuomio 30.4.1998, Kok. 1998, s. II-717, 67 kohta ja asia T-35/99, Keller Meccanica v. komissio, tuomio 30.1.2002, Kok. 2002, s. II-261, 85 kohta).

297 Tämän vuoksi viidennen ja kuudennen kanneperusteen tämä osa on hylättävä siltä osin kuin se koskee väitettyä perusteluvelvollisuuden laiminlyöntiä.

298 Komission päätöksen pätevyydestä käsiteltävänä olevan kysymyksen osalta on huomautettava, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan suhteellisen vähäinenkin tuki voi vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, jos kilpailu sillä alalla, jolla tuensaajayritys toimii, on kovaa (asia 259/85, Ranska v. komissio, tuomio 11.11.1987, Kok. 1987, s. 4393, 24 kohta; em. asia Italia v. komissio, 21.3.1991 annetun tuomion 27 kohta ja em. asia Vlaams Gewest v. komissio, tuomion 49 kohta).

299 Lisäksi kun valtion myöntämä tai valtion varoista myönnetty taloudellinen tuki vahvistaa yrityksen asemaa jäsenvaltioiden välisessä kaupassa muihin, kilpaileviin yrityksiin verrattuna, tuen on katsottava vaikuttavan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan (asia 730/79, Philip Morris v. komissio, tuomio 17.9.1980, Kok. 1980, s. 2671, Kok. Ep. V, s. 313, 11 kohta; em. asia Vlaams Gewest v. komissio, tuomion 50 kohta ja em. asia CETM v. komissio, tuomion 86 kohta).

300 Tuet, joiden tarkoituksena on vapauttaa tuensaajana oleva yritys kokonaan tai osittain sellaisista menoista, joista se olisi normaalisti vastannut juoksevassa hallinnossaan tai tavanomaisessa toiminnassaan, vääristävät lähtökohtaisesti kilpailua (ks. em. asia Siemens v. komissio, tuomion 48 ja 77 kohta ja em. asia Vlaams Gewest v. komissio, tuomion 43 kohta).

301 Käsiteltävänä olevassa asiassa on korostettava, että riidanalainen toimenpide vahvisti WestLB:n asemaa muihin kilpailijoihin nähden. Kun otetaan huomioon toimenpiteen ja WestLB:n laajuus sekä WestLB:n merkittävä toiminta kansainvälisillä markkinoilla, edellä mainitun oikeuskäytännön valossa on selvää, että vastaaja on perustellusti todennut riidanalaisen toimenpiteen vääristävän kilpailua ja vaikuttavan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

302 Tätä toteamusta tukevat WfA:n luovutusta WestLB:lle koskevan osavaltion lain perustelut, joissa todetaan, että riidanalaisen toimenpiteen tavoitteena oli WestLB:n "kansallisen ja kansainvälisen kilpailukyvyn" vahvistaminen.

303 Edellä esityn perusteella kanneperusteen tämä osa on hylättävä kokonaisuudessaan.

C *Kolmas osa: EY 87 artiklan 1 kohdan ja EY 295 artiklan rikkominen siltä osin kuin komissio soveltaa markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta ja perusteluvelvollisuuden rikkominen tiettyjen kohtuullisen korvauksen laskemisessa huomioon otettujen seikkojen osalta*

304 Kantajat vetoavat Saksan liittotasavallan tukemana perusteluvelvollisuuden rikkomiseen tiettyjen kyseessä olevalle pääomasijoitukselle maksettavan kohtuullisen korvauksen laskemisessa huomioon otettujen seikkojen osalta ja toissijaisesti siltä varalta, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin pitäisi valtiontuen käsitteen tulkintaa oikeana, riitauttavat sen, että riidanalaisessa päätöksessä on sovellettu markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta. Ne väittävät ensinnäkin, että riidanalaisessa päätöksessä ei oteta huomioon riidanalaisen toimenpiteen erityispiirteitä. Toiseksi sellaisen oman pääoman osalta, jota WestLB ei voi käyttää laajentaakseen liiketoimintaansa, ne vetoavat perusteluvelvollisuuden laiminlyöntiin siltä osin kuin tälle pääomalle maksettavan korvauksen määräksi vahvistettiin 0,3 prosenttia verojen jälkeen ja katsovat, että WestLB:n saama taloudellinen etu ei koske tätä pääomaa. Kolmanneksi WfA:n sen pääoman osalta, jota voidaan käyttää WestLB:n liiketoiminnan vakuutena, kantajat vetoavat perusteluvelvollisuuden laiminlyöntiin useiden kohtuullisen korvauksen laskemiseen liittyvien seikkojen osalta ja kiistävät komission laskeman korvauksen pätevyyden.

1. Riidanalaisen toimenpiteen erityispiirteiden huomioon ottamatta jättäminen

a) Asianosaisten lausumat

305 Kantajat ja erityisesti osavaltio väittävät, että komissio on tehnyt ilmeisen arviointivirheen soveltaessaan riidanalaisessa päätöksessä yksityisen sijoittajan periaatetta, koska se ei ottanut huomioon tiettyjä riidanalaisen toimenpiteen erityispiirteitä.

306 Ne väittävät ensinnäkin, että sijoittajan kannalta riidanalainen toimenpide oli ainoa keino parantaa WfA:n kannattavuutta ja toteuttaa valtionpankkiajattelua uusien vakavaraisuutta koskevien sääntöjen valossa. Toiseksi WfA:n yleisen edun mukaisen tehtävän vuoksi sen omaisuudelle ei ollut mahdollista saada minkäänlaista tuottoa. Koska osavaltio sai riidanalaisen toimenpiteen avulla huomattavaa tuottoa säilyttäen WfA:n omaisuutta koskevat rajoitukset, toimenpide oli taloudellisesti järkevin tapa käyttää tätä omaisuutta.

307 Kolmanneksi jos WestLB lopettaisi toimintansa tai se jaettaisiin, WfA:n mahdollisesti kasvanut arvo hyödyttäisi yksinomaan osavaltiota. Neljänneksi koska WfA:n omaisuus on sisäisissä suhteissa vasta toissijainen vakuus, WfA:n omaisuutta vastaan nostettu vakuuskanne on hyvin epätodennäköinen, vaikka WestLB tuottaisi tappiota, mikä ei ole todennäköistä. Viidenneksi toimenpide sai aikaan 30 miljoonan DEM:n suuruiset vuotuiset tehokkuusedut, jotka ovat osa arvioitua tuottoa.

308 Kuudenneksi kantajat huomauttavat, että WfA:n omaisuus ei paranna maksuvalmiutta vaan se on varattu tiettyyn tarkoitukseen, mitä riidanalainen toimenpide ei ole muuttanut ja mikä vähentää sen arvoa. Tältä osin kantajat väittävät, että komissio on arvioinut virheellisesti ne haitat, jotka liittyvät siihen, ettei WfA:n omaisuus paranna maksuvalmiutta. Kantajat katsovat, että kohtuullista korvausta laskettaessa merkitystä on ainoastaan sijoittajan näkökulmalla. Tämän vuoksi toisin kuin komissio väittää riidanalaisessa päätöksessä (ks. edellä 45 kohta), näiden laskelmien kannalta merkitystä ei ole sillä, että WestLB:n jälleenrahoituskustannukset voidaan vähentää verotuksessa, ja 8,26 prosentin jälleenrahoituskorko on kantajien mukaan vähennettävä kokonaisuudessaan käytettävissä olevan oman pääoman tuotosta. Näiden yhtiöiden verovähennys on verotuksellisesti neutraali, sillä se aiheuttaa sijoittajan varojen vähenemisen sellaisen yhtiöveroon liittyvän sellaisen kompensaatiomenettelyn seurauksena, joka oli voimassa Saksan liittotasavallassa riidanalaisen toimenpiteen toteuttamisaikana. Koska maksuvalmiutta parantavia varoja ei siirretty, osavaltion riski on huomattavasti pienempi, minkä vuoksi komission olisi pitänyt tehdä kohtuulliseen korvaukseen ylimääräinen alennus.

309 Komissio katsoo BdB:n tukemana ottaneensa aivan oikein huomioon riidanalaisen toimenpiteen erityispiirteet ja selvittää, miksi sen ei olisi pitänyt tehdä erilaista arviota kuin se teki riidanalaisessa päätöksessä. Se katsoo ensinnäkin ottaneensa huomioon osavaltion alkuperäisen aseman sijoittajana mutta korostaa, että se on arvioinut tätä asemaa eri tavoin kuin kantajat. Toiseksi se kiistää WfA:n yleisen edun mukaiseen tehtävään liittyvät kantajien väitteet ja väittää erityisesti, että kantajat sekoittavat valtion yrittäjän roolin ja sen roolin julkisen vallan käyttäjänä.

310 Kolmanneksi komissio väittää, että osavaltion ensisijainen oikeus saada korvausta riidanalaisesta toimenpiteestä on pikemminkin väistämätön seuraus siitä, ettei osavaltio hyötynyt omaisuuden luovutuksen myötä laajenneesta omistusoikeudesta. Neljänneksi komissio kiistää sen väitteen merkityksen, jonka mukaan WfA:n omaisuus on sisäisissä suhteissa ainoastaan toissijainen vakuus, ja huomauttaa, että ennen toimenpidettä käytettävissä oli 5,1 miljardin DEM:n suu-

ruinen vakuus ja että WfA:n omaisuuden arvoksi arvioitiin WestLB:n taseessa 5,9 miljardia DEM, joista Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen hyväksyi 4 miljardia. Viidenneksi se katsoo, ettei synergiaetuja ole pidettävä osana WfA:n pääomasta maksettavaa korvausta, koska niistä ei aiheudu WestLB:lle lainkaan kustannuksia.

311 Kuudenneksi WfA:n varojen erityispiirteiden osalta komissio väittää erityisesti sen, että WfA:n pääoma on hyväksytty peruspääomaksi, osoittavan, että WestLB voi tosiasiallisesti käyttää tätä pääomaa mahdollisten tappioiden kattamiseen. Nämä varat antavat WestLB:lle näin ollen kilpailuedun rahoituspalvelujen markkinoilla.

312 Tältä osin komissio katsoo myös ottaneensa kohtuullista korvausta laskiessaan aivan oikein huomioon siitä, että pääoma ei paranna maksuvalmiutta, aiheutuvat hankaluudet. Se väittää, että kohtuullisen korvauksen määrittämiseksi markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatteen perusteella ratkaisevaa on se, miten tuensaaja arvioi saamaansa konkreettista etua. Ainoastaan jälleenrahoituksen nettokustannukset eli kustannukset, joita ei kompensoida alemmalla verolla, on otettava huomioon luovutetun pääoman erityisluonteesta aiheutuvina ylimääräisinä kuluina. Lisäksi komissio huomauttaa, ettei kompensaatiomenettelyyn kuuluvalla yhtiöveron hyvityksellä ole sen mielestä mitään merkitystä kohtuullista korvausta laskettaessa. Se väittää vielä, ettei ylimääräinen alennus, joka perustuu osavaltion alhaiseen riskiin, ole perusteltu.

b) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

313 Kantajien ensimmäisen ja toisen väitteen osalta on aluksi korostettava, että yksityisen sijoittajan periaatetta sovellettaessa ei ole riittävää verrata osavaltion

riidanalaisesta toimenpiteestä saamaa tuottoa tuottoon, jonka se sai WfA:n omaisuudesta ennen tätä toimenpidettä. On kiistatonta, että yksityisen sijoittajan logiikka ei koske WfA:n omaisuutta, jonka ainoana tavoitteena on edistää asuntorakentamista. On verrattava osavaltion riidanalaisen toimenpiteen ansiosta saamaa tuottoa tuottoon, jota kuvitteellinen yksityinen sijoittaja, jonka tilanne on mahdollisimman suurelta osin samanlainen kuin osavaltion tilanne, olisi tältä toimenpiteeltä edellyttänyt (ks. vastaavasti em. asia DM Transport, tuomion 25 kohta).

314 On kuitenkin korostettava, että yksityinen sijoittaja ei yleensä tyydy siihen, että sijoitus ei tuota tappiota tai että se tuottaa rajoitettua tuottoa. Yksityinen sijoittaja pyrkii järkevästi maksimoimaan sijoituksensa tuoton olosuhteiden ja lyhyen, keskipitkän ja pitkän aikavälin etujensa täyttymisen valossa myös silloin, kun se sijoittaa yhtiöön, jonka osakepääomasta se omistaa jo osuuden.

315 Näin ollen osavaltion sijoittajan aseman osalta se, että riidanalainen toimenpide on osavaltion kannalta järkevä, ei vapauta sitä yhteisön valtiontukioikeuden soveltamiselta. Tämä seikka ei poista tarvetta tietää, vahvistaako tämä toimenpide WestLB:n asemaa antamalla sille edun, jota se ei olisi saanut normaaleissa markkinaolosuhteissa.

316 Sama huomio pätee kantajien toiseksi esittämään väitteeseen, jonka mukaan toimenpide oli taloudellisesti järkevin tapa käyttää WfA:n omaisuutta. Lisäksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että komissio ei tehnyt ilmeistä arviointivirhettä, kun se ei yksityisen sijoittajan riidanalaisesta toimenpiteestä odottamaa korvausta laskiessaan ottanut huomioon tuottoja, jotka osavaltio olisi saanut osallistumisestaan WestLB:n liikevaihdon kasvuun. Tältä osin on korostettava, että kantajat eivät ole väittäneet, että tällainen kasvu olisi ylittänyt muiden pankkien samalla ajanjaksolla samanlaisissa olosuhteissa toteuttamaa

kasvua. Kun tätä ei ole osoitettu, ei voida katsoa, että osavaltiolle WestLB:n liikevaihdon kasvusta aiheutuneet voitot seuraisivat erityisesti riidanalaisesta toimenpiteestä siten, että ne olisi otettava huomioon laskettaessa yksityisen sijoittajan riidanalaisesta toimenpiteestä odottamaa korvausta. Joka tapauksessa on huomautettava, että väitetty kasvu on tuonut voittoja myös WestLB:n muille osakkaille ilman, että ne olisivat vaikuttaneet siihen, mikä ei myöskään ole markkinataloudessa toimivan sijoittajan käyttäytymisen mukaista.

317 Verotulojen lisääntymistä koskevan osavaltion väitteen osalta on korostettava, ettei osavaltion asemaa julkisoikeudellisena yksikkönä ja sen asemaa yrittäjänä pidä sekoittaa toisiinsa. Verotulojen lisääntymisellä ei ole minkäänlaista merkitystä yksityiselle sijoittajalle.

318 Kolmannen väitteen osalta, jonka mukaan jos WestLB lopettaisi toimintansa tai se jaettaisiin, WfA:n mahdollisesti kasvanut arvo hyödyttäisi yksinomaan osavaltiota, on todettava ensinnäkin, että arvon kasvaminen on epävarmaa ja että väitteessä lähdetään mahdollisuudesta, joka ei ole kantajien kannalta toivottava ja joka on riidanalaisen toimenpiteen tavoitteiden vastainen. Tällaisessa väitteessä oletetaan, että WestLB puretaan tai että WfA:n omaisuus erotetaan WestLB:n omaisuudesta. Molemmissa tilanteissa riidanalainen toimenpide, jolla WfA yhdistettiin WestLB:hen, olisi mitätöity. Toiseksi se, että WfA:n mahdollisesti kasvanut arvo hyödyttäisi osavaltiota erottamistilanteessa, ei millään tavalla vähennä sitä vääristymää, jonka riidanalainen toimenpide voi tällä välin aiheuttaa kilpailulle, eikä sulje pois sitä mahdollisuutta, että tämä toimenpide voi olla osavaltion WestLB:lle myöntämä taloudellinen etu, jota viimeksi mainittu ei olisi saanut normaaleissa markkinaolosuhteissa.

319 Kantajien neljännen väitteen osalta, joka koskee sitä, että WfA:n omaisuus on WestLB:n osakkeenomistajien sisäisissä suhteissa vasta toissijainen vakuus, ei

voida myöskään katsoa, että komissio olisi tehnyt ilmeisen arviointivirheen, kun se on katsonut, ettei tämä seikka oikeuta riidanalaisesta toimenpiteestä vaaditun korvauksen alentamista. Aluksi on todettava, että tämä vakuus koskee ainoastaan eri osakkeenomistajien välisiä suhteita. Ulkoisissa suhteissa WfA:n omaisuus ei saa minkäänlaista suojaa WestLB:n suhteissa velkojiinsa. Lisäksi jopa sisäisissä suhteissa WfA:n omaisuuden arvo suhteessa WestLB:n koko omaan pääomaan eli 5,9 miljardia DEM suhteessa 11 miljardiin DEM:aan, joka on WestLB:n oman pääoman kokonaismäärä riidanalaisen toimenpiteen jälkeen, toisin sanoen noin 53,63 prosenttia kokonaismäärästä, vähentää merkittävästi sen väitteen merkitystä, että riidanalaisella toimenpiteellä toteutetun pääomansijoituksen vakuusriskin merkitys on vähäinen.

320 Viidennen väitteen osalta, joka koskee tehokkuusetuja, jotka olisi väitteen mukaan pitänyt ottaa huomioon laskettaessa arvioitua tuottoa, on huomautettava, että kuten edellä 314 kohdassa korostetaan, yksityinen sijoittaja ei yleensä tyydy välttämään tappioita tai saamaan sijoitukselleen rajoitettua tuottoa, vaan pyrkii maksimoimaan omaisuutensa tuoton olosuhteiden ja etujensa valossa. Aluksi on todettava, että nämä synergiaedut eivät aiheuta WestLB:lle minkäänlaisia kuluja tai haittaa, joista tämän pitäisi saada korvausta pienemmän sijoitetulle pääomalle maksettavan korvauksen muodossa. On todennäköistä, että osavaltion asemassa oleva yksityinen sijoittaja ei hyväksyisi sijoitukselleen alempaa korvausta sellaisesta epäsuorasta edusta, jota osavaltio saa mutta joka ei aiheuta WestLB:lle minkäänlaista haittaa. Lisäksi jos WestLB:n olisi sen sijaan, että se sopi riidanalaisesta toimenpiteestä osavaltion kanssa, pitänyt hankkia rahoitusta yksityiseltä sijoittajalta, joka ei voinut hyötyä näistä synergiaeduista, sen olisi edelleen pitänyt maksaa markkinaehtoista korvausta. Tässä tilanteessa ei voida katsoa, että komissio olisi tehnyt ilmeisen arviointivirheen, kun se katsoi, että mahdolliset osavaltiota välillisesti hyödyttävät synergiaedut olivat osavaltiolle riidanalaisesta toimenpiteestä aiheutuvaa ylimääräistä etua, joka ei oikeuttanut komission arvioiman valtiontuen määrän alentamiseen.

321 Kuudennen väitteen osalta, joka koskee sen huomioon ottamista, että WfA:n pääomalla on rajoitettu merkitys WestLB:lle, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin huomauttaa, että tässä on kyse siitä, mikä merkitys sillä, että WfA:n pääoma ei paranna maksuvalmiutta, tarkalleen ottaen on riidanalaiselle toimenpiteelle maksettavaa kohtuullista korvausta laskettaessa. Tarkemmin ottaen asianosaiset ovat eri mieltä siitä, onko se, että WestLB:n jälleenrahoituskustannukset sekä käyttökustannukset vähentävät sen verotettavaa tuloa ja näin ollen sen maksettavana olevaa yhteisöveroa, otettava huomioon tällaista laskelmaa tehtäessä vai ei.

322 On kuitenkin huomautettava, että EY 87 artiklan 1 kohdan tavoitteena on estää se, että julkisviranomaisten myöntämät edut, jotka eri tavoin vääristävät tai uhkaavat vääristää kilpailua suosimalla tiettyjä yrityksiä tai tuotannonaloja, vaikuttaisivat jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

323 Sen määrittämiseksi, onko julkisen vallan osallistuminen yrityksen pääomaan valtiontukea, on arvioitava, olisiko normaaleissa markkinaolosuhteissa toimiva yksityinen sijoittaja, joka on kooltaan verrattavissa julkisen sektorin toimintaa ohjaaviin elimiin, samankaltaisissa olosuhteissa voinut tehdä kyseisen pääomansijoituksen. Erityisesti on pohdittava, olisiko yksityinen sijoittaja toteuttanut kyseisen järjestelyn samoin edellytyksin, ja jos vastaus on kieltävä, on tutkittava, millä edellytyksillä se olisi voinut sen toteuttaa (ks. edellä 245 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö).

324 Käsiteltävänä olevassa asiassa on edellä 313 kohdassa esitetyn päättelyn mukaisesti määritettävä, mikä olisi se tuotto, jota kuvitteellinen yksityinen sijoittaja, jonka tilanne on mahdollisimman suurelta osin samanlainen kuin osavaltion tilanne, olisi edellyttänyt riidanalaiselta toimenpiteeltä.

325 Kuten edellä 180, 207 ja 243 kohdassa todettiin, lopullisena tavoitteena on määrittää, saako edunsaajayritys sellaista taloudellista etua, jota se ei olisi normaaleissa markkinaolosuhteissa saanut.

326 Tältä osin toisin kuin kantajat väittävät, WestLB:n jälleenrahoituskustannusten verovähennyskelpoisuuden huomioon ottamista vastaan ei voida väittää, että kohtuullista korvausta laskettaessa merkitystä on ainoastaan sijoittajan näkökulmalla.

327 Yhteisön valtiontukioikeutta sovellettaessa ei voida katsoa, että älyllinen ponnistelu, jolla tarkistetaan, toteutettiinko toimenpide normaaleissa markkinaolosuhteissa, olisi väistämättä tehtävä viittaamalla yhteen ainoaan sijoittajaan tai sijoituksesta hyötyvään yritykseen, sillä markkinataloudelle tyypillistä on juuri eri talouden toimijoiden välinen vuorovaikutus.

328 Yksityiselle sijoittajalle, joka on samassa tilanteessa kuin osavaltio, olisi normaaleissa markkinaolosuhteissa käytävissä neuvotteluissa ollut mahdotonta jättää ottamatta huomioon sitä, ettei WfA:n pääoma paranna maksuvalmiutta. Tällaisen sijoittajan olisi pitänyt ottaa huomioon WestLB:n näkökulma ja se, että WestLB saattoi käyttää WfA:n pääomaa ainoastaan rajoitetusti. Se ei olisi voinut vaatia tälle pääomalle samankaltaista korvausta kuin pääomalle, joka parantaa maksuvalmiutta.

329 Samalla tavoin erityisesti riidanalaisen toimenpiteen kaltaisessa toimenpiteessä, joka koskee huomattavaa pääoman määrää, on perusteltua ajatella, että yksityinen sijoittaja ottaisi huomioon WestLB:lle siitä, että WfA:n pääoma ei paranna maksuvalmiutta, aiheutuvat tosiasialliset kustannukset ja näin ollen tästä aiheutuvien jälleenrahoituskustannusten osittaisen verovähennyskelpoisuuden.

330 Lisäksi sen väitteen osalta, jonka mukaan yhtiöveron hyvitys on verotuksen osalta kokonaisuutena tarkastellen neutraali, sillä sen seurauksena sijoittajan verokompensaation johdosta saamat varat pienenevät, on huomautettava, että kuten jäljempänä (388—393 kohdassa) osoitetaan, se, ettei komissio ottanut huomioon sellaista yhtiöveroon liittyvää kompensaatiomenettelyä, joka oli voimassa Saksan liittotasavallassa riidanalaisen toimenpiteen toteuttamisaikana, ei voi kyseenalaistaa käsiteltävänä olevassa asiassa tehdyn kohtuullista korvausta koskevan laskelman laillisuutta.

331 Tämän vuoksi on katsottava, ettei riidanalaista päätöstä rasita ilmeinen arviointivirhe siltä osin kuin komissio arvioidessaan kaikkia riidanalaisen toimenpiteen olennaisia seikkoja sille maksettavan kohtuullisen korvauksen laskemiseksi katsoi, että se, ettei WfA:n pääoma paranna maksuvalmiutta, oli otettava huomioon siihen liittyvien nettojälleenrahoituskustannusten valossa ja näin ollen sen valossa, että jälleenrahoituskustannukset johtavat WestLB:n maksettavan yhtiöveron pienenemiseen. Tämän vuoksi kantajien kuudetta väitettä ei voida hyväksyä.

332 Lopuksi on vielä tutkittava väitettä, jonka kantajat esittivät riitauttaessaan keskimääräisen tuoton käyttämisen ja jonka mukaan komissio ei ottanut huomioon sitä, että yksityiset sijoittajat voivat tavoitella muita päämääriä kuin pääomalleen maksettavan tuoton maksimointia esimerkiksi omistajan aseman seurausten vuoksi (ks. edellä 216 ja 222—226 kohta).

333 Tältä osin on todettava, että kantajat toteavat ainoastaan yleisellä tasolla sen merkityksen, että yksityisillä sijoittajilla voi olla muita tavoitteita kuin sijoituksensa tuoton maksimointi ja että tätä toteamusta olisi käsiteltävänä olevassa asiassa sovellettava osavaltioon.

334 Kantajat eivät kuitenkaan selvitä, missä määrin tämä toteamus kyseenalaistaisi konkreettisesti riidanalaisen päätöksen laillisuuden. Ne eivät selvitä, miksi ja tarkkaan ottaen missä määrin sillä voitaisiin perustella komission laskeman valtiontuen pienentämistä suhteessa tuottoon, jota osavaltio saattoi odottaa WfA:n pääomalle yksityisen sijoittajan periaatteen mukaisesti. Tämän vuoksi on todettava, että kantajat eivät ole osoittaneet tämän toteamuksen merkityksellisyyttä käsiteltävänä olevassa asiassa eivätkä voi näin ollen perustellusti moittia sitä, ettei komissio ottanut sitä huomioon.

335 Erityisesti omistajan aseman aiheuttamia seurauksia koskevan väitteen osalta on huomautettava, kuten edellä 314 kohdassa mainitaan, että yksityinen sijoittaja ei yleensä tyydy välttämään tappioita tai saamaan sijoitukselleen rajoitettua tuottoa, vaan pyrkii maksimoimaan omaisuutensa tuoton olosuhteiden ja hänen etujensa valossa myös silloin, kun hän sijoittaa yhtiöön, jonka osakepääomasta hän omistaa jo osuuden.

336 Sen osalta, että komissio ottaa huomioon riidanalaisen toimenpiteen ja sen asiayhteyden merkitykselliset seikat, on vielä korostettava, kuten edellä 197 kohdassa mainitaan, että kantajat eivät ole vedonneet siihen, että riidanalainen päätös olisi lainvastainen sen vuoksi, että EY 86 artiklan 2 kohdassa asetetut edellytykset sille, että WestLB voitaisiin vapauttaa kilpailusääntöjen soveltamisesta, olisivat käsiteltävänä olevassa asiassa täyttyneet.

337 Edellä esitetystä seuraa, että komission riidanalaisen toimenpiteen erityispiirteitä koskevan arvioinnin tutkimusten perusteella ilmeistä arviointivirhettä ei ole tapahtunut. Näin ollen väite riidanalaisen päätöksen lainvastaisuudesta tältä osin on hylättävä.

2. Kohtuullinen korvaus WfA:n omaisuuteen kuuluvan sellaisen 3,4 miljardin DEM:n määrän osalta, jota ei voida käyttää WestLB:n oman toiminnan vakuutena

a) Asianosaisten lausumat

338 Osavaltio väittää, että riidanalaisen päätöksen perustelut eivät ole riittävät siltä osin kuin kyse on siitä, että kohtuulliseksi korvaukseksi vahvistettiin 0,3 prosenttia verojen jälkeen laskettuna siitä luottojen vakuutena olevasta pääomasta, jota WestLB ei voi käyttää. Osavaltion mukaan ei ole ymmärrettävää, miksi komissio ottaa huomioon tiettyjä tekijöitä — erityisesti kyseessä olevan määrän suuruuden ja sen, että WfA:n erityisvararahasto on annettu WestLB:n käyttöön rajoittamattomaksi ajaksi — ja miten nämä tekijät on otettu huomioon laskettaessa käytettyä kohtuullisen korvauksen määrää.

339 Lisäksi kantajat riitauttavat riidanalaisen päätöksen pätevyyden tältä osin. Ne katsovat, ettei 3,4 miljardin DEM:n määrälle, jota WestLB ei voi käyttää toimintansa laajentamiseen, ole maksettava minkäänlaista korvausta. Ne katsovat, että pääoman tämä osa ei hyödytä pankkia taloudellisesti, koska tästä määrästä 1,5 miljardia DEM on WfA:n toiminnan vakuuspääomaa ja loppua eli 1,9 miljardia DEM:aa eivät ota huomioon myöskään pankin luotonantajat, joille merkitystä on ainoastaan tämän pitkän aikavälin arvolla, jota riidanalainen toimenpide ei ole muuttanut.

340 Vastaaja huomauttaa selvittäneensä riittävällä tavalla riidanalaisen päätöksen 221 perustelukappaleessa, kuinka se päätyi 0,3 prosentin arvoon verojen jälkeen laskettuna määrittääkseen kohtuullisen korvauksen pääomalle, jota WestLB ei voi käyttää. Se toteaa, että 0,3 prosentin arvoa, jota Saksan liittotasavalta piti varsinaisen tutkintamenettelyn aikana WestLB:lle asianmukaisena korvauksena omaisuudesta, on korotettu pääoman erityispiirteiden (määrän suuruuden ja sen rajoittamattoman käyttöoikeuden) huomioon ottamiseksi ja tämän jälkeen siitä on vähennetty verot.

341 Lisäksi komissio katsoo, että 3,4 miljardin DEM:n määrä, jota ei voida käyttää WestLB:n oman toiminnan vakuutena, on tälle taloudellisesti hyödyllinen, koska se on kirjattu WestLB:n taseeseen ylimääräisenä omana pääomana ja koska se lisää näin ollen sen uskottavuutta muodostamalla luotonantajille lisävakuuden. Se riitauttaa myös väitteen, joka koskee pankin arvostuksen merkitystä. Se katsoo näin ollen, että mainittu määrä pitää myös ottaa huomioon arvioitaessa WfA:n luovutuksesta maksettavaa asianmukaista korvausta.

b) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

342 Riidanalaisen päätöksen perusteluista tältä osin on ensiksi huomautettava, että riidanalaisen päätöksen 220 perustelukappaleessa komissio toteaa, että kyseessä olevasta pääomasta on WestLB:lle aineellista hyötyä, sen taloudellinen arvo voidaan rinnastaa takaukseen tai vakuuteen ja tällaisen riskin ottava yksityinen sijoittaja vaatisi siitä kohtuullisen korvauksen.

343 Toiseksi korvauksen 0,3 prosentin arvon osalta riittää, kun todetaan, kuten komissio totesi riidanalaisen päätöksen 221 perustelukappaleessa ja minkä kantajat ovat vahvistaneet suullisessa käsittelyssä, että Saksan hallitus piti tätä arvoa WestLB:n kaltaiselle pankille asianmukaisena korvauksena omaisuudesta.

344 Näin ollen on todettava, että riidanalaisessa päätöksessä on selkeästi esitetty ne syyt, joilla komissio katsoi, että tälle pääomalle oli perusteltua maksaa korvausta, ja mainittu ne seikat, joiden avulla kantajat ja yhteisöjen tuomioistuin voivat ymmärtää komission sen valinnan perustelut, joka koskee kyseessä olevalle pääomalle maksettavan korvauksen laskemista. Kantajien perusteluvelvollisuuden laiminlyömistä koskeva väite on näin ollen hylättävä.

345 Tämän valinnan pätevyyden osalta on todettava, että siltä osin kuin kyseessä oleva pääoma on hyödyttänyt WestLB:tä parantaen sen vakavaraisuutta, on perusteltua katsoa, että yksityinen sijoittaja olisi vaatinut tälle pääomalle korvausta. Komission soveltaman arvon osalta riittää, kun toistetaan, että Saksan liittotasavalta oli ilmoittanut sen ja ettei tältä osin merkitystä ole sillä, että komissio katsoi tarpeelliseksi tehdä siihen päästäkseen ensin korotuksen ja sitten alennuksen. Kantajat vetoavat siihen, ettei WestLB:n tarvinnut maksaa kyseessä olevasta pääomasta minkäänlaista korvausta, mutteivät selvitä sitä, miksi komission vahvistaman kohtuullisen korvauksen lopullisen arvon pitäisi olla erilainen.

346 Näissä olosuhteissa ei voida katsoa, että komission päätöstä rasittaisi ilmeinen arviointivirhe siltä osin kuin kyse on korvauksesta, joka on laskettu WfA:n omaisuuteen kuuluvan sellaisen 3,4 miljardin DEM:n määrän osalta, jota ei voida käyttää WestLB:n oman toiminnan vakuutena. Tämän vuoksi riidanalaisen päätöksen lainvastaisuutta tältä osin koskeva väite on hylättävä.

3. Kohtuullinen korvaus WfA:n omaisuuteen kuuluvan sellaisen 2,5 miljardin DEM:n määrän osalta, jota voidaan käyttää WestLB:n oman toiminnan vakuutena

347 Kantajat väittävät Saksan liittotasavallan tukemina ensiksi, että tämä korvaus oli laskettava ottaen huomioon WfA:n omaisuuden erityinen riskiprofiili, joka on verrattavissa omaan pääomaan kuuluvien monimuotoisten instrumenttien riskiprofiiliin. Ne katsovat toiseksi, ettei osavaltion osuutta WestLB:n osakepääomassa tarvitse lisätä, jotta riidanalainen toimenpide ei olisi valtiontukea. Ne väittävät kolmanneksi, että komission WfA:n omaisuuden tälle osalle edellyttämää 9,3 prosentin lopullista tuottoa ei ole perusteltu sen tiettyjen osien osalta eikä se ole pätevä useassa suhteessa.

a) WfA:n omaisuuden luovutuksen vertailtavuus omaan pääomaan kuuluviin instrumentteihin

Asianosaisten lausumat

348 WestLB väittää, että WfA:n omaisuuden riskiprofiili ei ole verrattavissa osakepääoman riskiprofiiliin vaan omaan pääomaan kuuluvien monimuotoisten instrumenttien, kuten passiivisten osakkeiden, ikuisten etuoikeutettujen osakkeiden (perpetual preferred shares) tai osakkuusyhtiöiden osakkeiden riskiprofiiliin. Riidanalaiselle toimenpiteelle maksettava kohtuullinen korvaus on laskettava, ei vertaamalla WfA:n luovutusta osakepääoman kasvattamiseen, vaan vertaamalla sitä näihin monimuotoisiin instrumentteihin ja niistä maksettaviin korvauksiin, joiden arvot (9,3—10,3 prosenttia) ovat erilaiset kuin mitä komissio edellytti

riidanalaisessa päätöksessä perustuottona (12 prosenttia). Lisäksi WestLB riitauttaa komission riidanalaisessa päätöksessä tältä osin esittämien huomautusten pätevyyden.

349 Komissio riitauttaa BdB:n tukemana tämän väitteen ja väittää, että WfA:n omaisuuden erityispiirteiden vuoksi vertaaminen omaan pääomaan kuuluviin monimuotoisiin instrumentteihin ei ole asianmukainen peruste riidanalaiselle toimenpiteelle maksettavan kohtuullisen korvauksen määrittämiseksi. Komissio selvittää, millä useilla eri tavoin WfA:n omaisuus eroaa kustakin WestLB:n mainitsemasta vertailuinstrumentista.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

350 Komission valintaa, joka koskee vertailukohtia kohtuullisen korvauksen vahvistamiseksi WfA:n omaisuuden kyseessä olevalle osalle, ei voida pitää ilmeisen virheellisenä. Komissio selvittää näet riidanalaisen päätöksen 193—201 perustelukappaleessa, miksi se katsoo monimuotoisten instrumenttien ja riidanalaisen toimenpiteen välisten erojen olevan sellaisia, että riidanalaisen toimenpiteen vertaamisella näihin instrumentteihin on ainoastaan rajoitettu merkitys. Se kiinnittää huomiota erityisesti siihen, että kantajien mainitsemat monimuotoiset instrumentit ovat yleensä ainoastaan pieni osa pankin omasta pääomasta, toisin kuin WfA:n omaisuus, joka edustaa lähes puolta WestLB:n peruspääomasta.

351 Näissä olosuhteissa siltä osin kuin WfA:n omaisuuden vertailtavuus näihin monimuotoisiin instrumentteihin koskee taloudellisesti monimutkaista alaa, jonka suhteen komissiolla on laaja harkintavalta, on todettava, että tämän toimen laillisuusvalvonnan rajoissa riidanalaisen päätöksen tutkimisessa tältä osin ei ole paljastunut ilmeistä arviointivirhettä, joka voisi kyseenalaistaa sen laillisuuden.

b) Tarve kasvattaa osavaltion omistusosuutta WestLB:ssä

Asianosaisten lausumat

352 WestLB väittää, ettei, jotta riidanalainen toimenpide ei olisi valtiontukea, ollut tarpeen kasvattaa osavaltion osakeomistusta WestLB:ssä, koska osavaltio saa WfA:n omaisuudesta kohtuullisen korvauksen.

353 Komissio hyväksyy WestLB:n periaatteellisen toteamuksen ja selvittää pelkästään todenneensa riidanalaisen päätöksen 182 ja 184 perustelukappaleessa, että tällainen osavaltion omistusosuuden kasvattaminen WestLB:ssä olisi ollut yksi keino saada kohtuullinen tuotto kyseessä olevasta pääomansijoituksesta, minkä puuttuessa osavaltion pitäisi saada kohtuullinen korvaus muulla tavoin.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

354 On todettava, että tällä kantajien väitteellä ei ole kohdetta. Kantajat ja komissio ovat yksimielisiä siitä, ettei olisi ollut tarpeen kasvattaa osavaltion osakeomistusta WestLB:ssä, jotta riidanalainen toimenpide ei olisi valtiontukea, jos osavaltio olisi saanut WfA:n omaisuudesta kohtuullisen korvauksen. Näin ollen on vielä määritettävä, tekikö komissio ilmeisen arviointivirheen, kun se katsoi, että riidanalaisesta toimenpiteestä maksettava korvaus ei ollut kohtuullinen sellaisessa tilanteessa, jossa osavaltio ei kasvattanut osakeomistustaan WestLB:ssä.

c) 9,3 prosentin lopullinen tuotto

355 Kantajat väittävät, että komission riidanalaiselle toimenpiteelle maksettavana kohtuullisena korvauksena edellyttämää 9,3 prosentin lopullista tuottoa ei ole perusteltu sen tiettyjen osien osalta eikä se ole pätevä useassa suhteessa.

356 Ensinnäkin kantajat vetoavat perusteluvelvollisuuden laiminlyöntiin siltä osin kuin verojen jälkeen lasketuksi perustuotoksi vahvistettiin 12 prosenttia lopullisen kohtuullisen korvauksen laskemista varten (jäljempänä perustuotto) ja väittävät tämän arvon olevan virheellinen. Toiseksi ne katsovat, että perusteluvelvollisuutta on laiminlyöty siltä osin kuin komissio korotti arvoa 1,5 prosentilla riskien vuoksi laskiessaan lopullista kohtuullista korvausta, ja väittävät, että tämä korotus ei ole perusteltu.

i) 12 prosentin perustuotto

Asianosaisten lausumat

357 Kantajat väittävät, että riidanalaisesta päätöksestä eivät ilmene arviointiperusteet, joiden perusteella perustuotoksi vahvistettiin 12 prosenttia verojen jälkeen. Ne väittävät myös, ettei komissio voinut perustellusti edellyttää tämänsuuruista tuottoa.

358 Aluksi komission käyttämän perustuottotyypin osalta kantajat korostavat, että riidanalainen päätös on epäselvä sen suhteen, vastaako mainittu tuotto oman pääoman tuottoa (return on equity; jäljempänä RoE) vai sijoitetun pääoman tuottoa (return on investment; jäljempänä RoI), jotka ovat erisuuruisia. Ne katsovat myös, että riidanalaisesta päätöksestä ei ilmene, miksi komissio käyttää verojen jälkeen laskettua tuottoa. Osavaltio lisää, että vaikka komissio totesi viimein vastineessaan, että sijoittajan odottama tuotto voi olla ainoastaan yrityksen maksamien verojen jälkeen, mutta ennen sijoittajan maksamia veroja laskettu odotettavissa oleva tuotto, tämä ei ilmene selvästi vielä riidanalaisesta päätöksestä.

359 Kantajat riitauttavat komission vastineessaan esittämän riidanalaisen päätöksen tulkinnan merkityksen tältä osin. WestLB lisää, että se, että komissio käyttää päätöksessään todellakin verojen jälkeen laskettua tuottoa, ilmenee lisäksi ehdotuksesta riidanalaiseksi päätökseksi, ja vaatii ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta velvoittamaan komission toimittamaan riidanalaista päätöstä koskevien ehdotusten kaikki versiot.

360 Toiseksi kantajat väittävät Saksan liittotasavallan tukemina, että komission oli otettava huomioon se verohyvitys, joka johtuu sellaisesta yhtiöveroon liittyvästä kompensaatiomenettelystä, joka oli voimassa Saksan liittotasavallassa riidanalaisen toimenpiteen toteuttamisaikana. Ne väittävät, että komissio samastaa ennen sijoittajan veroja lasketun tuoton virheellisesti yrityksen maksamien verojen jälkeen laskettuun tuottoon. Ne katsovat, että koska tässä samastuksessa ei oteta huomioon niihin, joita asia koskee, sovellettavan verojärjestelmän seurauksia, komission suorittaman tuottojen vertailun tulokset ovat vääristyneet kantajien vahingoksi, mikä vääristää markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatteen soveltamista käsiteltävänä olevassa asiassa.

361 Kantajat huomauttavat, että toisin kuin muilla sijoittajilla, osavaltiolla ei maksaessaan veroja osingoista ole oikeutta verohyvitykseen vähentääkseen maksettavasta tuloverosta sen määrän, joka vastaa yrityksen siitä voitosta maksamaa veroa, josta osavaltio saa osinkoa. Tämän kompensaatiomenettelyn vaikutuksesta yrityksen maksamien verojen jälkeen laskettu RoE eroaa aina ennen sijoittajan veroja lasketusta RoI:stä ainakin määrällä, joka vastaa yhtiöveron hyvitystä.

362 Kantajat katsovat, että tuottojen vertailtavuuden takaamiseksi sijoittajille, joilla ei ole oikeutta tähän verohyvitykseen, on myönnettävä kuvitteellinen hyvitys. WestLB:n mukaan koska komissio vahvisti perustuotoksi 12 prosenttia, sen olisi pitänyt ottaa huomioon kuvitteellinen 5,5 prosentin verohyvitys osavaltion tulona. Vaihtoehtoisesti se olisi voinut laskea ennen veroja lasketun RoI:n 12 prosentista 6,45 prosenttiin. Osavaltion mielestä WestLB:ltä voitiin edellyttää korkeintaan 6,48 prosentin osingon jakamista.

363 BdB:n ja vastaajan sen väitteen osalta, jonka mukaan kompensaatiomenettelyä ei sovelleta WfA:n pääomalle maksettavaksi sovittuun korvaukseen, kantajat väittävät, että niiden tältä osin esittämillä huomautuksilla pyritään asettamaan vastakkain komission näkemys ja markkinataloudessa toimivan yksityisen sijoittajan verotuksellinen tilanne, jota komissio pitää esikuvana.

364 Kolmanneksi kantajat väittävät, että perusteluvelvollisuutta on laiminlyöty vastaajan käyttämää perustuottoa vahvistettaessa.

365 Tältä osin kantajat kiistävät riidanalaisen päätöksen 209 perustelukappaleessa mainittujen seikkojen merkityksen ja toteavat erityisesti, että pelkkä viittaaminen Ranskan valtion Crédit Lyonnais -konsernille myöntämistä tuista 20 päivänä toukokuuta 1998 tehtyyn komission päätökseen 98/490/EY (EYVL L 221, s. 28) selvittämättä näiden asioiden samankaltaisuuksia, ei voi muodostaa riittäviä perusteluja.

366 Osavaltio katsoo, että riidanalaisen päätöksen perustelujen puuttuminen on selvää, varsinkin kun komissio tukeutuu yksinomaan ja ilmeisesti ensimmäistä kertaa tässä päätöksessä odotettavissa oleviin tuottoihin vaatien vähimmäistuottoa. Se ei tukeudu esimerkiksi vastaavien yritysten tarjoamiin tuottoihin, jotka ovat tosiasiallisesti toteutuneet kyseessä olevassa jäsenvaltiossa taloudellisesti arvioiden vastaavalla alalla. Projektiot odotettavissa olevien tuottojen ja tältä osin ratkaisevien tekijöiden määrittämiseksi eivät ilmene päätöksen perusteluista. Osavaltio huomauttaa lisäksi vastauksessaan komission huomautuksiin, että huolimatta siitä, että vastaajan mainitsemissa riidanalaisen päätöksen kohdissa todetaan tosiasiallisesti, että odotettavissa olevat tuotot ohjaavat komission mukaan pääasiallisesti sijoittajan valintaa, nämä kohdat eivät sisällä projektioita ja tekijöitä, jotka sijoittaja ottaisi tältä osin huomioon.

367 WestLB lisää, ettei komissio käsitellyt kysymystä siitä, mitkä ovat relevantit markkinat tai kyseessä oleva ala, jolla on odotettava sen päätöksen perusteena olevaa keskimääräistä tuottoa, joka on kuitenkin perustavanlaatuinen kysymys määritettäessä valtiontukioikeutta koskevassa menettelyssä keskimääräistä tuottoa, jota tietyllä talouden alalla voidaan tarjota.

368 Osavaltio väittää vielä, että koska komissio ei esittänyt tiettyjä arvioinnin kannalta olennaisia perusteluja ja Saksan liittotasavallan esittämiä lukuja ja tietoja perustuoton osalta, se ei esittänyt tältä osin mitään perusteluja (asia C-364/90, Italia v. komissio, tuomio 28.4.1993, Kok. 1993, s. I-2097, 44 ja 45 kohta).

369 Komissio kiistää sen, että riidanalaista päätöstä rasittaisi perusteluvelvollisuuden laiminlyöminen verojen jälkeen lasketun 12 prosentin perustuoton osalta, ja katsoo, että tämä arvo on perusteltu.

370 Ensinnäkin vastaaja riitauttaa väitteen, jonka mukaan riidanalaista päätöstä ei ole perusteltu sen käyttämän perustuottotyypin osalta.

371 Toiseksi komissio riitauttaa BdB:n tukemana väitteen, jonka mukaan kompensaatiomenettelystä johtuva verohyvitys on otettava huomioon sijoittajalle maksettavan korvauksen osana. Komissio katsoo, että tämän verohyvityksen tarkoituksena on ainoastaan kompensoida se menetys, joka aiheutuisi kaksinkertaisesta verotuksesta. Se riitauttaa myös kantajien tältä osin esittämien veroalaan liittyvien huomautusten pätevyyden ja selvittää, miksi verotaakkaa koskevia laskelmia ei voida yleisesti ottaen ottaa huomioon markkinataloudessa toimivan sijoittajan keskimääräisen tuoton määrittämiseksi.

372 BdB ja komissio väittävät vielä, että yhtiöveron kohdentamismenettelyä ei todellakaan sovelleta WfA:n omaisuudesta maksettavaksi sovittuun korvaukseen, sillä tämä korvaus on kiinteä, kun taas tätä menettelyä sovelletaan Saksan liittotasavallassa ainoastaan, kun sijoittaja saa yritykseltä korvauksen tuottoihin saamalla osuuden voitosta.

373 Kolmanneksi vastaajan käyttämää perustuoton arvoa koskevan väitetyn perusteluvelvollisuuden laiminlyömisen osalta vastaaja korostaa, että se mainitsi rii-

danalaisen päätöksen 209 perustelukappaleessa nimenomaisesti kyseisen arvon laskentaperusteet eli omat kokemuksensa, useat investointipankkien ja konsulttiyritysten lausunnot ja tutkimukset oman pääoman ja investointien tosiasiallisista ja odotettavissa olevista tuotoista, osapuolten toimittamat huomautukset sekä komission aiempi päätös jäsenvaltion julkisen pankin käyttöön myöntämästä pääomasta.

374 Komissio väittää BdB:n tukemana, että riidanalaisen päätöksen 206—209 perustelukappaleeseen sisältyviä selvityksiä on tulkittava asiayhteydessään ja erityisesti komission ja hallinnolliseen menettelyyn osallistuneiden välisten lukuisten yhteydenottojen valossa ja ottaen huomioon sen, että komissio on viitannut arviointiperusteisiin, jotka WestLB alan taloudellisena toimijana tunsi.

375 Vastaaja katsoo, ettei sillä ole oikeuskäytännön mukaan velvollisuutta toimittaa kantajille yksityiskohtaista luetteloa menettelytavoista ja tietolähteistä tai selvitystä yksittäistapauksessa käytetystä laskutavasta, jonka kaikki laskentavaiheet olisi esitettävä (asia C-466/93, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft ym., tuomio 9.11.1995, Kok. 1995, s. I-3799, 16 kohta; asia C-122/94, komissio v. neuvosto, tuomio 29.2.1996, Kok. 1996, s. I-881, 29 kohta ja asia C-352/96, Italia v. neuvosto, tuomio 12.11.1998, Kok. 1998, s. I-6937, 41 kohta).

376 Komissio väittää, että markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta soveltaessaan se on saanut huomattavasti kokemusta julkisen vallan pääomasijoituksiin liittyvistä kysymyksistä, sijoittajien odottamista tuotoista ja rahoituspalvelualalla tapahtuvista pääomansiirroista. Komissio huomauttaa ottaneensa riidanalaisessa päätöksessään huomioon First Consultingin tutkimuksessa esitetyt näkökohdat, jotka ovat näin ollen tämän päätöksen perusteluita, ja Saksan liittotasavallan toimittamat asiakirjat, minkä osoittaa Lehman Brothersin kertomukseen liittyvä yksityiskohtainen esitys.

377 Komissio katsoo, että riidanalaisessa päätöksessä viitataan Crédit Lyonnais -nimiseen pankkiin liittyvään päätökseen 98/490/EY ainoastaan siltä osin kuin se on esimerkki, joka osoittaa, että Euroopan pankkisektorin syvällisen arvioinnin ja markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatteen soveltamisen avulla on voitu todeta, että pankkiin tehtävän sijoituksen odotettavissa olevaksi tuotoksi on vahvistettava 12 prosenttia. Komissio selvittää, ettei se ole pelkästään soveltanut päätöksessä 98/490/EY mainittua arvoa ja että se on viitannut siihen ainoastaan korostaakseen riidanalaisessa päätöksessä käytetyn korvauksen arvon asianmukaisuutta. Lisäksi komissio kiistää Saksan liittotasavallan edellä mainittuun asiaan Alitalia vastaan komissio tekemän viittauksen merkityksen ja korostaa, että käsiteltävänä olevassa asiassa päätöksessä 98/490/EY käytetty tuotto oli ainoastaan yksi tietolähteistä, joihin komissio viittaa. Tämän arvon perusteella ei myöskään voida tutkia, oliko sijoitus tukea, kuten tehtiin edellä mainitussa asiassa Alitalia vastaan komissio käsitellyssä päätöksessä, vaan ainoastaan määrittää, oliko Crédit Lyonnais tervehdyttämisen jälkeen elinkelpoinen.

378 Sen osalta, että odotettavissa olevaksi vähimmäistuotoksi laskettiin 12 prosentin perustuotto yhtiön maksamien verojen jälkeen, jota sijoittaja vuonna 1991 odotti pääomalleen, komission mukaan riidanalaisen päätöksen 209 perustelukappaleesta ilmenee, että se tukeutui pankkialalla saatuun keskimääräiseen tuottoon, sillä "yritysten on käytännössä saatava sijoittajat vakuuttuneiksi siitä, että ne kykenevät tuottamaan saamalleen pääomalle vähintään keskimääräisen koron". Tällöin "jos yritys ei pysty täyttämään vähintään keskimääräistä tuottoa koskevia odotuksia, sijoittaja harkitsee sijoittamista toiseen yritykseen, jonka näkymät ovat suotuisammat".

379 Komissio väittää, että kantajat saattoivat niiden asiakirjojen perusteella, joiden sisältö mainitaan riidanalaisessa päätöksessä, ymmärtää, miksi odotettavissa olevaksi vähimmäistuotoksi vahvistettiin 12 prosenttia yhtiön maksamien verojen jälkeen. Komissio lisää, että tämä arvo ei ole kaukana WestLB:n tilaamassa Lehman Brothersin kertomuksessa esitetyistä arvoista.

380 Vastaaja riitauttaa myös osavaltion arvostelun, jonka mukaan komissio ei ottanut huomioon vastaavien yritysten todellista tuottoa vaan viittasi ensimmäistä kertaa päätöskäytännössään odotettavissa olevaan tuottoon, jonka perusteella se määritti vähimmäistuoton, mainitsematta projektioita, jotka oli tehtävä, tai tältä osin käytettyjä olennaisia tekijöitä. Vastaaja myöntää ottaneensa huomioon lähinnä odotettavissa olevan tuoton, sillä tämä ohjaa sijoittajan valintoja, mutta väittää selvittäneensä tämän tekijän yksityiskohtaisesti (ks. esimerkiksi riidanalaisen päätöksen 162, 167, 171, 208 ja 209 perustelukappale).

381 Komissio kiistää sen, ettei se olisi ottanut huomioon Saksan liittotasavallan esittämiä olennaisia perusteluja. Riidanalaisesta päätöksestä ilmenee sen mukaan, että se on tutkinut erittäin yksityiskohtaisesti ja syvällisesti kaikki asianosaisten väitteet ja olennaiset perustelut (ks. erityisesti päätöksen 121—138 perustelukappale).

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

382 Ensiksi komission valintaa käyttää verojen jälkeen laskettua perustuottoa koskevien perustelujen osalta on korostettava, että WestLB:n osavaltiolle tosiasiallisesti maksama korvaus vastaa tuottoa, joka on laskettu yrityksen verojen jälkeen mutta ennen sijoittajan veroja. WestLB:n vuosittain maksama todellinen korvaus oli 0,6 prosenttia yrityksen verojen jälkeen laskettuna tai 1,1 prosenttia ennen sen maksamia veroja.

383 Käsiteltävänä olevassa asiassa komissio määritti valtiontuen viittaamalla riidanalaisessa toimenpiteessä sovittuun, yrityksen maksamien verojen jälkeen laske-

tuun osavaltion korvaukseen, jota se vertasi korvaukseen, jota se piti kohtuullisena tästä toimenpiteestä. Tämä toteamus ilmenee ensinnäkin riidanalaisen päätöksen taulukosta nro 7 (232 perustelukappale), jossa "markkinaehtoisesta korvauksesta" vähennetään "tosiasiallinen korvaus (verojen jälkeen)", sekä täsmennyksestä, jonka mukaan kyseinen arvo vastaa riidanalaisen päätöksen 209 perustelukappaleessa käytettyä "odotettua verojen jälkeistä 12 prosentin vähimmäistuottoa". Se ilmenee myös riidanalaisen päätöksen 69 perustelukappaleesta ja 121 perustelukappaleen viimeisestä virkkeestä.

384 Riidanalaisen toimenpiteen osapuolten vahvistama tosiasiallinen korvaus, jota komissio käyttää vertailukohtana, vastaa tuottoa yrityksen maksamien verojen jälkeen ja ennen sijoittajan veroja, jolloin komission laskemaa kohtuullista korvausta vastasi väistämättä sama tuottotyyppi tuen laskentaperusteena. Kyseessä on tekijä, jota kantajat ja Saksan liittotasavalta eivät voineet jättää ottamatta huomioon, koska komissio ei ainoastaan selvittänyt kantaansa teoreettisella tasolla vaan laski saman perusteen mukaan myös WestLB:n palautettavaksi tulevan tuen täsmällisen määrän.

385 Lisäksi päätöksen alaviitteessä 45 tehdyllä viittauksella "nettotuottoon" on myös tältä osin merkitystä. Se, että "nettotuoton" käsite on ymmärrettävä tuottona yrityksen maksamien verojen jälkeen mutta ennen sijoittajan maksamia veroja, seuraa loogisesti siitä, miten tätä käsitettä käytettiin riidanalaisessa päätöksessä tehdyssä arvioinnissa. Tässä päätöksessä riidanalaista toimenpidettä arvioidaan sellaisen yksityisen sijoittajan näkökulmasta, jonka sijoitusta valitessaan huomioon ottama tuotto on yrityksen maksamien verojen jälkeen laskettu tuotto.

386 Näin ollen on todettava, että kantajat ja Saksan liittotasavalta voivat jo riidanalaisen päätöksen sanamuodon perusteella ymmärtää, että komission käyttämä perustuotto merkitsee tuottoa yrityksen maksamien verojen jälkeen mutta ennen

sijoittajan maksamia veroja. Kantajien väite, joka koskee perusteluvelvollisuuden laiminlyömistä sen osalta, että tämä arvo lasketaan verojen jälkeen, on näin ollen hylättävä.

387 Tältä osin on vielä hylättävä WestLB:n vaatimus siitä, että komissio olisi velvoitettava toimittamaan kaikki ehdotukset riidanalaiseksi päätökseksi jotta voitaisiin tarkastaa, minkätyyppistä perustuottoa komissio käytti. Ne eivät ole millään tavalla ratkaisevia yhteisöjen tuomioistuimen harjoittaman laillisuusvalvonnan kannalta, kun riidanalaisen päätöksen sanamuodon arviointi on riittävää sen osoittamiseksi, täyttikö komissio perusteluvelvollisuutensa tältä osin (ks. edellä 92 kohdassa mainittu oikeuskäytäntö).

388 Toiseksi sen aineellisen väitteen osalta, joka koskee sellaista yhtiöveroon liittyvää kompensaatiomenettelyä, joka oli voimassa Saksan liittotasavallassa riidanalaisen toimenpiteen toteuttamisaikana (jäljempänä verohyvitysmenettely), on määritettävä, onko tästä menettelystä johtuva verohyvitys otettava huomioon sijoittajalle maksettavan korvauksen osana laskettaessa riidanalaisesta toimenpiteestä maksettavaa kohtuullista korvausta.

389 Tälle menettelylle on ominaista se, että kaksinkertaisen verotuksen välttämiseksi yhtiöiden voittojen osalta kunkin sijoittajan verotettavaa tuloa määritettäessä yrityksen voitosta veroina maksama määrä kohdistetaan osakkeenomistajaan hänen omistamiensa osakkeiden suhteessa tulona, joka lisätään näin hänen tosiasiallisesti saamiin osinkoihin. Sijoittajan tulosta maksama vero lasketaan näin ollen suhteessa tämän yhteenlaskun seurauksena saatuun määrään, mutta sijoittaja hyötyy verovelkaa maksettaessa verohyvityksestä, joka vastaa hänen omistamiensa osakkeiden suhteessa yrityksen voitostaan maksamaa veroa, joka näin ollen vähennetään sijoittajan tuloja koskevasta verovelasta.

390 Kantajat väittävät, että komission tuottojen vertailun tulokset ovat vääristyneitä niiden vahingoksi ja ristiriidassa markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatteen kanssa, koska verohyvitystä ei otettu huomioon osana sijoittajalle maksettavaa tuottoa.

391 Käsiteltävänä olevassa asiassa on aluksi korostettava, että kuten edellä (386 kohdassa) selvitettiin, riidanalaisen päätöksen sanamuodosta ilmenee, että komission käyttämä perustuottotyyppi vastaa tuottoa yrityksen maksamien verojen jälkeen mutta ennen sijoittajan maksamia veroja eli koskee yksinomaan sijoittajalle tosiasiassa maksettuja osinkoja. Komission laskelmiensa lähtökohtana käyttämään tuottoon ei näin ollen sisälly verohyvitystä, josta yksityinen sijoittaja olisi voinut hyötyä riidanalaisen toimenpiteen tapahtumahetkellä.

392 Tätä komission valintaa ei voida pitää ilmeisen virheellisenä. Osavaltioon ei, toisin kuin yksityisiin sijoittajiin, sovelleta verohyvitysmenettelyä. Verohyvitysmenettelyn tavoitteena on ainoastaan kompensoida mahdollinen yhtiön voittoja koskeva kaksinkertainen verotus. Koska osavaltion ei tarvitse maksaa veroa osingoista, joita se saa WestLB:ltä, näihin osinkoihin ei kohdistu kaksinkertaista verotusta.

393 Näin ollen se, ettei verohyvitystä otettu huomioon määritettäessä osavaltion sijoitukselle maksettavaa kohtuullista korvausta, ei voi vääristää komission tekemää vertailua. Tämän vuoksi kantajien tätä koskeva väite on hylättävä.

394 Kolmanneksi komission käyttämän perustuoton arvon perustelujen osalta on huomautettava, että riidanalaisen päätöksen ainoa viittaus tähän sisältyy 209 perustelukappaleeseen, joka kuuluu seuraavasti:

"Komissio on tutkimuksessaan ottanut huomioon omien kokemustensa lisäksi useita investointipankkien ja konsulttiyritysten lausuntoja ja tutkimuksia oman pääoman ja investointien tosiasiallisista ja odotettavissa olevista tuotoista ja myös eri asianomaisten toimittamat huomautukset. Näiden tietojen, asiaa koskevien kokemustensa, markkinatilastojen ja aikaisempien valtion käytettäväksi antamaa pääomaa koskevien päätöstensä perusteella komissio käyttää arviointinsa lähtökohtana tälle oman pääoman luonteiselle sijoitukselle siirron tapahtuma-aikana odotettua verojen jälkeistä 12 prosentin vähimmäistuottoa. — — "

395 Ensinnäkin on todettava, ettei riidanalaisen päätöksen sanamuodosta sellaisenaan voida ymmärtää tosiseikkoja ja arvioita, joilla on olennainen merkitys komission riidanalaisessa päätöksessä tekemälle valinnalle, joka koskee kohtuullisen korvauksen laskemiseksi käytettävää perustuottoa. Riidanalaisessa päätöksessä komissio ainoastaan luettelee valintansa perusteena olleet tietolähteet, muttei toista niiden sisältöä selvittäen, miten laajasti ja minkä toteamusten osalta se on ottanut nämä lähteet huomioon päätöstä tehdessään.

396 Toiseksi on todettava, ettei komission viittausten perusteella ole mahdollista ymmärtää sen tältä osin tekemää valintaa. Mitä tulee "investointipankkien ja konsulttiyritysten lausuntoihin ja tutkimuksiin" ja "eri asianomaisten toimittamiin huomautuksiin", on huomautettava, että tällaisten yleisten viittausten asiakirjoihin ja huomautuksiin, joissa esitetään vastakkaisia arvioita ja erilaisia

lopputuloksia, ei voida katsoa selvittävän komission valinnan perusteluja. Lisäksi on korostettava, että First Consultingin kertomus, jossa mainittu arvo on lähinnä komission käyttämää perustuottoa, toimitettiin kantajille ja Saksan liittotasavallalle vasta juuri ennen käsiteltävinä olevien asioiden suullista käsittelyä.

397 Komission "asiaa koskevien kokemusten" osalta on huomautettava, ettei tällainen viittaus sisällä sellaisia toimenpiteen perusteluja, joiden perusteella tuomioistuin voisi harjoittaa laillisuusvalvontaa ja asianosaiset puolustaa oikeuksiaan.

398 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toteaa komission aikaisempien valtiontukipäätösten osalta, että ainoa vastaajan riidanalaisessa päätöksessä tekemä täsmällinen viittaus on viittaaminen Crédit Lyonnais -konsernia koskevaan päätökseen 98/490/EY. Kuten komissio toteaa, tämä päätös on ainoastaan esimerkki, joka tukee perustuoton vahvistamista tässä asiassa koskevaa komission kantaa. Komissio ei missään tapauksessa selvitä riidanalaisessa päätöksessä, mikä merkitys toisessa yhteydessä vaaditulla tuotolla on käsiteltävänä olevassa asiassa.

399 Kolmanneksi on arvioitava vastaajan väitettä, jonka mukaan kantajat ja Saksan liittotasavalta olisivat voineet ymmärtää komission valinnan sen perusteella, että ne osallistuivat hallinnolliseen menettelyyn ja tunsivat WestLB:n alan taloudellisena toimijana. Tältä osin komissio korostaa sitä, että sen käyttämän perustuoton valinta oli mahdollista ymmärtää useiden hallinnollisen menettelyn aikana vaihdettujen asiantuntijakertomusten avulla ja erityisesti että tämä arvo ei ole kaukana WestLB:n toimittamassa Lehman Brothersin kertomuksessa mainitusta arvosta.

400 On kuitenkin katsottava, ettei se, että kantajat ovat osallistuneet menettelyyn tai että WestLB on kyseisen alan taloudellinen toimija, merkitse käsiteltävänä ole-

vassa asiassa sitä, että ne voisivat tietää komission käyttämän perustuoton valinnan perustelut. Samoin pelkästään se, että WestLB on toimittanut kertomuksen, jossa mainitaan samankaltainen tuotto, kuin mitä komissio on käyttänyt, ei riitä siihen, että riidanalaisen päätöksen voitaisiin katsoa olevan tältä osin perusteltu. Pelkästään tämän sellaisen kertomuksen olemassaolo, jossa käytetään erilaista analyyttistä lähestymistapaa ja ehdotetaan erilaista lopullista tuottoa kuin riidanalaisessa päätöksessä ja jonka sisältöä ei millään tavoin esitetä tässä päätöksessä, ei voi poistaa komissiolta velvoitetta perustella käyttämäänsä arvoa.

401 Neljänneksi komission sen väitteen osalta, joka koskee sitä, ettei sillä oikeuskäytännön mukaan ole velvollisuutta toimittaa kantajille yksityiskohtaista luetteloa menettelytavoista ja tietolähteistä tai selvitystä yksittäistapauksessa käytetystä laskutavasta, on todettava, että tämä väite pitää paikkansa mutta koska kyse ei ole tällaisesta vaatimuksesta, riidanalaisen päätöksen perustelut kyseessä olevan tuoton osalta eivät ole riittävät mainitun oikeuskäytännön perusteella.

402 Komissiota ei voida moittia siitä, ettei riidanalaisessa päätöksessä ole tyhjentävää selvitystä tässä tapauksessa käytetystä laskutavasta, vaan yksinkertaisesti siitä, ettei se ole esittänyt olennaisia seikkoja, joiden perusteella komissio valitsi kyseisen tuoton arvon.

403 Lopuksi on korostettava, että käsiteltävänä olevassa asiassa perusteluvelvollisuus on sitäkin merkittävämpi, koska komission edellyttämän perustuoton arvo on keskeinen tekijä laskettaessa riidanalaisesta toimenpiteestä maksettavaa kohtuullista korvausta yksityisen sijoittajan periaatetta soveltaen.

404 Edellä esitetystä seuraa, etteivät riidanalaisen päätöksen perustelut täytä EY 253 artiklan vaatimuksia siltä osin kuin kohtuullista korvausta laskettaessa käytetyksi perustuotoksi määritettiin 12 prosenttia. Kantajien kanneperuste, joka koskee perusteluvelvollisuuden laiminlyömistä tältä osin, on näin ollen hyväksyttävä.

405 Tämän vuoksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei voi lausua eri väitteistä, joissa riitautetaan riidanalaisen päätöksen pätevyys tämän tuottoarvon osalta.

ii) 1,5 prosentin korotus riskien vuoksi

Asianosaisten lausumat

406 Kantajat katsovat, että 1,5 prosentin korotusta riskien vuoksi ei ole perusteltu riittävästi. Päätöksessä ainoastaan viitataan First Consultingin kertomukseen eikä selvitetä sitä, kuinka komissio tulkitsi tätä kertomusta. Päätöksessä ei myöskään selvitetä, miksi komission tämän päätöksen 49 alaviitteessä perusteltuna pitämän tuottohaarukan keskiarvoa olisi pidettävä vähimmäisarvona. Lisäksi kantajat kiistävät korotuksen arvon määrityksen osalta sen komission kirjeen merkityksen, joka koskee riidanalaisen päätöksen 48 alaviitteessä mainittua Sidmar-nimistä yritystä. Tältä osin kantajat väittävät, ettei niillä ollut tietoa tästä kirjeestä ennen käsillä olevaa oikeudenkäyntiä, ja kiistävät tämän kirjeen merkityksen käsiteltävänä olevassa asiassa.

407 Kantajat riitauttavat myös komission kohtuullisen korvauksen perusarvon korottamiseksi esittämien perustelujen pätevyyden. Tältä osin WestLB vaatii ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta velvoittamaan komission ilmoittamaan amerikkalaisen pankin nimen sekä pääomansijoituksen konkreettiset olosuhteet, joihin se viittaa riidanalaisen päätöksen 47 alaviitteessä.

408 Komissio riitauttaa BdB:n tukemana perusteluvelvoitteen laiminlyömisen ja tukee päätöksensä pätevyyttä tältä osin.

409 Komissio väittää ilmoittaneensa riidanalaisen päätöksen 210 ja 215 perustelukappaleessa yksityiskohtaisesti tekijät, jotka on otettava huomioon määritettäessä 1,5 prosentin korotusta riskien vuoksi, sekä niiden merkityksen ja vaikutukset korvaukseen, jota markkinataloudessa toimiva sijoittaja edellyttäisi pääomansijoitukselleen. Se katsoo, että keskiarvon valinta asiantuntijansa mainitsemien ääriarvojen perusteella on ymmärrettävissä välittömästi, kun otetaan huomioon riidanalaisessa päätöksessä kehitellyt näkemykset. Vastaaja katsoo myös, että korotusta edellyttävät tekijät ovat myös tekijöitä, joita käytettiin määritettäessä tämän korotuksen arvoa, ja että komission on käytettävä harkintavaltaansa, koska ei ole olemassa laskentakaavaa, jolla voitaisiin laskea korotuksen tarkka arvo.

410 Vastaaja väittää vielä, että koska se on tehnyt kaikki laskelmansa määrittääkseen kohtuullisen korvauksen verojen jälkeen laskettujen arvojen perusteella, on loogista, että 1,5 prosentin korotus riskien vuoksi on myös väistämättä yrityksen maksamien verojen jälkeen laskettu arvo.

411 Lisäksi komissio korostaa, että se viittasi riidanalaisen päätöksen 48 alaviitteessä komission 25.7.1984 Belgian valtiolle osoittamaan kirjeeseen, joka koski Sidmar-nimistä yritystä. Se ilmoittaa tässä kirjeessä todettavan, että kunkin äänioikeuteen oikeuttamattoman pääomansijoituksen perusteella voidaan tehdä

2 prosentin korotus siksi, että äänioikeuteen oikeuttamattomien osakkeiden pitäisi tuottaa etuoikeutettua, tavanomaista osinkoa suurempi osinko. Komissio lisää ilmoittaneensa kantajille hallinnollisen menettelyn aikana päätöskäytännöstään, jota seurattiin riidanalaisessa päätöksessä. Se toteaa, että kun otetaan huomioon käytetty alhainen arvo, viittaus edellä mainittuun kirjeeseen ja yksityiskohtaiset keskustelut huomioon otettavista olosuhteista, WestLB:n ja osavaltion kaltaiset kokeneet sijoittajat voivat vaikeuksitta ymmärtää komission päätöksen jopa ilman, että komissio selvittää täsmällisesti noudattamansa päättelyn.

412 Komissio vetoaa riidanalaisen päätöksen perusteluja kyseisen korotuksen osalta koskevan kantansa tueksi edellä 375 kohdassa mainittuun oikeuskäytäntöön.

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta

413 Perustuoton 1,5 prosentin korotuksen perustelujen osalta on todettava, että riidanalaisen päätöksen 210 ja 215 kohdassa esitetään perustelut, joiden perusteella komissio arvioi, että perustuottoa oli korotettava. On myös todettava, että sen seikan perustelut, että korotus laskettiin verojen jälkeen, seuraavat loogisesti siitä, että komissio laski myös perustuoton verojen jälkeen.

414 Itse korotuksen arvon perusteluista on kuitenkin huomautettava, että riidanalaisen päätöksen 49 alaviitteessä mainitaan First Consultingin kertomus. Tässä alaviitteessä ainoastaan todetaan, että tässä kertomuksessa, jota nimitetään "komission toimeksiannosta laadituksi asiantuntijalausunnoksi", "korostetaan, että markkinataloussijoittaja odottaisi korotusta [riidanalaisessa päätöksessä] mainituista erityispiirteistä jokaisen vuoksi ja esitetään kaikkien kolmen seikan osalta yhteiseksi korotukseksi 1—2 prosenttiyksikköä".

415 Lisäksi päätöksen 48 alaviitteessä todetaan seuraavaa:

"Komissio on jo aikaisemmin joissakin päätöksissään todennut, että äänioikeudettomien osakkeiden pitäisi tuottaa tavanomaista tasoa suurempi etuoikeutettu osinko (ks. esim. 25 päivänä heinäkuuta 1984 päivätty yritystä Sidmar koskeva komission kirje Belgian valtiolle)."

416 On kuitenkin ilmeistä, että riidanalaisen päätöksen sanamuodon perusteella ei voida ymmärtää selkeästi vastaajan päättelyä, joka koskee sen valintaa käsiteltävänä olevassa asiassa sovelletun korotuksen arvoksi. Kantajat eivät ennen oikeudenkäyntiä ole voineet nähdä First Consultingin kertomusta eikä Sidmar-nimistä yritystä koskevaa kirjettä, joihin ne ovat voineet tutustua vasta juuri ennen käsiteltävänä olevien asioiden suullista käsittelyä. Tämä heinäkuussa 1984 päivätty kirje koskee belgialaista terästeollisuusyritystä, eikä ole ymmärrettävissä, miksi tämän yrityksen osalta tuolloin käytettyä päättelyä voitaisiin soveltaa riidanalaiseen toimenpiteeseen.

417 Komission väite, joka koskee edellä 375 kohdassa mainittua oikeuskäytäntöä, on hylättävä edellä 401 ja 402 kohdassa mainituista syistä. Tässä oikeuskäytännössä edellytettyä perustelujen tasoa ei ole käsiteltävänä olevassa asiassa saavutettu korotuksen arvon osalta.

418 Edellä esitetystä seuraa, että riidanalaisen päätöksen perustelut eivät täytä EY 253 artiklan vaatimuksia siltä osin kuin kyse on kohtuullisen korvauksen laskemiseksi käytetyn perustuoton korottamisesta 1,5 prosentilla. Kantajien kanneperuste, joka koskee perusteluvelvollisuuden laiminlyömistä tältä osin, on näin ollen hyväksyttävä.

419 Tämän vuoksi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei voi lausua väitteistä, jotka koskevat riidanalaisen päätöksen pätevyyttä tältä osin. Näissä olosuhteissa ei ole enää tarpeen lausua kantajan asiassa T-228/99 esittämästä vaatimuksesta, jolla ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinta vaaditaan velvoittamaan komission ilmoittamaan amerikkalaisen pankin nimen sekä pääomansijoituksen konkreettiset olosuhteet, joihin se viittaa riidanalaisen päätöksen 47 alaviitteessä.

## VI Johtopäätökset

420 Kaikkien käsiteltävinä olevissa asioissa esitettyjen kanneperusteiden tutkiminen on osoittanut, että riidanalaista päätöstä rasittaa perusteluvelvollisuuden laiminlyönti kahden sellaisen seikan osalta, joita on käytetty laskettaessa riidanalaisesta toimenpiteestä maksettavaa kohtuullista korvausta ja jotka koskevat 12 prosentin perustuottoa ja tämän perustuoton korottamista 1,5 prosentilla (ks. edellä 394—404 ja 414—418 kohta). Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoo, että nämä seikat ovat riidanalaisen päätöksen kokonaismerkityksen kannalta olennaisen tärkeitä. Tämän vuoksi tämä päätös on kumottava.

## Oikeudenkäyntikulut

421 Työjärjestyksen 87 artiklan 2 kohdan mukaisesti asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Koska komissio on hävinnyt asian ja kantajat ovat vaatineet oikeudenkäyntikulujen korvaamista, komissio on velvoitettava vastaamaan omista oikeudenkäyntikuluistaan ja korvaamaan kantajien oikeudenkäyntikulut.

422 Työjärjestyksen 87 artiklan 4 kohdan nojalla Saksan liittotasavalta vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan. Koska väliintulija BdB on hävinnyt asian, se vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN ENSIMMÄISEN OIKEUSASTEEN TUOMIOISTUIN
(laajennettu toinen jaosto)

on antanut seuraavan tuomiolauselman:

1) **Toimenpiteestä, jonka Saksan liittotasavalta on toteuttanut Westdeutsche Landesbank Girozentralen (WestLB) hyväksi, 8 päivänä heinäkuuta 1999 tehty komission päätös 2000/392/EY kumotaan.**

2) **Komissio velvoitetaan korvaamaan kantajien oikeudenkäyntikulut, ja se vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan.**

3) **Saksan liittotasavalta ja Bundesverband deutscher Banken eV (BdB) vastaavat molemmat omista oikeudenkäyntikuluistaan.**

Moura Ramos Tiili Pirrung

Mengozzi Meij

Julistettiin Luxemburgissa 6 päivänä maaliskuuta 2003.

H. Jung

kirjaaja

R. M. Moura Ramos

laajennetun toisen jaoston puheenjohtaja

Sisällys

Riita-asian tausta ..... II- 447

I Riita-asian taustalla olevat tosiseikat ..... II- 447

A Omia varoja ja vakavaraisuutta koskevissa direktiiveissä asetetut omia varoja koskevat edellytykset ..... II- 448

B WestLB ..... II- 449

C WfA ..... II- 450

D WfA:n yhdistäminen WestLB:hen ..... II- 451

II Hallinnollinen menettely ..... II- 454

III Riidanalainen päätös ..... II- 456

A Yleisarvio ..... II- 458

B Pääomasta maksettavan kohtuullisen korvauksen arviointi ..... II- 461

Oikeudenkäyntimenettely ja asianosaisten vaatimukset ..... II- 466

Aineellinen kysymys ..... II- 469

I Ensimmäinen kanneperuste, joka koskee sitä, ettei komissiolla ollut toimivaltaa tehdä riidanalaista päätöstä ..... II- 471

A Asianosaisten lausumat ..... II- 471

B Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II- 474

II Toinen kanneperuste, joka koskee puolustautumisoikeuksien loukkaamista .... II- 478

A Asianosaisten lausumat ..... II- 478

B Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II- 481

III Kolmas kanneperuste, joka koskee olennaisten menettelymääräysten rikkomista II- 485

A Ensimmäinen osa: Saksan liittotasavallan oikeus tulla kuulluksi ..... II- 485

1. Asianosaisten lausumat ..... II- 485

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II- 487

B Toinen osa: tosiseikkojen virheellinen toteaminen ..... II- 493

1. Asianosaisten lausumat ..... II- 493

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II- 494

C Kolmas osa: neutraalisuusperiaatteen loukkaaminen ..... II - 495

1. Asianosaisten lausumat ..... II - 495

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 495

IV Neljäs kanneperuste, joka koskee EY 87 artiklan 1 kohdan ja EY 295 artiklan rikkomista valtiontuen käsitteen tulkinnan osalta ..... II - 496

A Ensimmäinen osa: valtion varojen olemassaolo ..... II - 497

1. Asianosaisten lausumat ..... II - 497

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 499

B Toinen osa: valtiontuen käsitteen lainvastainen laajentaminen ..... II - 500

1. EY 295 artiklan rikkominen ..... II - 501

a) Asianosaisten lausumat ..... II - 501

b) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 502

2. Markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatteen soveltaminen kannattavaan yritykseen ..... II - 505

a) Asianosaisten lausumat ..... II - 505

b) Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 507

3. Vaatimus, jonka mukaan julkisen sektorin sijoittajan sijoittamalle pääomalle on maksettava kyseisen alan keskimääräistä tuottoa ..... II - 509

a) Asianosaisten lausumat ..... II - 509

i) Keskimääräistä tuottoa koskevan vaatimuksen yhteensoveltumattomuus EY 87 artiklan 1 kohdan kanssa ..... II - 510

ii) Riidanalaisen päätöksen sekä komission vuoden 1993 tiedonannon, sen aiemman päätöskäytännön ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön välinen ristiriita ..... II - 514

iii) Se, että keskimääräisen tuoton vaatimus rikkoo EY 295 artiklaa .. II - 515

b) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 518

V Viides ja kuudes kanneperuste, jotka koskevat perusteluvelvollisuuden laiminlyömistä ja EY 87 artiklan 1 kohdan ja EY 295 artiklan rikkomista ensinnäkin sen osalta, onko käytetty valtion varoja, toiseksi sen osalta, että komission mukaan riidanalainen toimenpide vääristää kilpailua ja vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, ja kolmanneksi sen osalta, että komissio soveltaa markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta ..... II- 527

A Ensimmäinen osa: Perusteluvelvollisuuden laiminlyöminen valtion varojen käyttämisen osalta ..... II- 529

1. Asianosaisten lausumat ..... II- 529

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II- 529

B Toinen osa: perusteluvelvollisuuden laiminlyöminen ja EY 87 artiklan 1 kohdan rikkominen sen osalta, että riidanalainen toimenpide vääristää kilpailua ja vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ..... II- 530

1. Asianosaisten lausumat ..... II- 530

2. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II- 532

C Kolmas osa: EY 87 artiklan 1 kohdan ja EY 295 artiklan rikkominen siltä osin kuin komissio soveltaa markkinataloudessa toimivan sijoittajan periaatetta ja perusteluvelvollisuuden rikkominen tiettyjen kohtuullisen korvauksen laskemisessa huomioon otettujen seikkojen osalta ..... II- 535

1. Riidanalaisen toimenpiteen erityispiirteiden huomioon ottamatta jättäminen ..... II- 536

a) Asianosaisten lausumat ..... II- 536

b) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II- 538

2. Kohtuullinen korvaus WfA:n omaisuuteen kuuluvan sellaisen 3,4 miljardin DEM:n määrän osalta, jota ei voida käyttää WestLB:n oman toiminnan vakuutena ..... II- 546

a) Asianosaisten lausumat ..... II- 546

b) Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II- 547

3. Kohtuullinen korvaus WfA:n omaisuuteen kuuluvan sellaisen 2,5 miljardin DEM:n määrän osalta, jota voidaan käyttää WestLB:n oman toiminnan vakuutena ..... II - 549

a) WfA:n omaisuuden luovutuksen vertailtavuus omaan pääomaan kuuluviin instrumentteihin ..... II - 549

Asianosaisten lausumat ..... II - 549

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 550

b) Tarve kasvattaa osavaltion omistusosuutta WestLB:ssä ..... II - 551

Asianosaisten lausumat ..... II - 551

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 551

c) 9,3 prosentin lopullinen tuotto ..... II - 552

i) 12 prosentin perustuotto ..... II - 552

Asianosaisten lausumat ..... II - 552

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 559

ii) 1,5 prosentin korotus riskien vuoksi ..... II - 566

Asianosaisten lausumat ..... II - 566

Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen arviointi asiasta ..... II - 568

VI ohtopäätökset ..... II - 570

Oikeudenkäyntikulut ..... II - 570