YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMEN MÄÄRÄYS (viides jaosto)
25 päivänä huhtikuuta 2002 *

Asiassa C-323/00 P,

DSG Dradenauer Stahlgesellschaft mbH, edustajanaan Rechtsanwalt U. Theune ja Rechtsanwalt M. Luther, prosessiosoite Luxemburgissa,

valittajana,

jossa valittaja vaatii muutoksenhaussaan Euroopan yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen (laajennettu viides jaosto) asiassa T-234/95, DSG vastaan komissio, 29.6.2000 antaman tuomion (Kok. 2000, s. II-2603) kumoamista,

* Oikeudenkäyntikieli: saksa.

ja jossa valittajan vastapuolena ja muina asianosaisina ovat

Euroopan yhteisöjen komissio, asiamiehenään K.-D. Borchardt, avustajanaan M. Hilf, prosessiosoite Luxemburgissa,

vastaajana ensimmäisessä oikeusasteessa,

jota tukevat

Saksan liittotasavalta, asiamiehenään Rechtsanwalt W.-D. Plessing, avustajinaan Rechtsanwalt W. Kirchhoff ja Rechtsanwalt M. Schütte,

ja

Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta,

väliintulijoina ensimmäisessä oikeusasteessa,

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (viides jaosto),

toimien kokoonpanossa: jaoston puheenjohtaja P. Jann (esittelevä tuomari) sekä tuomarit D. A. O. Edward, M. Wathelet, C. W. A. Timmermans ja A. Rosas,

julkisasiamies: D. Ruiz-Jarabo Colomer,
kirjaaja: R. Grass,

kuultuaan julkisasiamiestä,

on antanut seuraavan

määräyksen

1 DSG Dradenauer Stahlgesellschaft mbH (jäljempänä DSG) on yhteisöjen tuomioistuimeen 1.9.2000 toimittamallaan valituksella hakenut muutosta EY:n tuomioistuimen perussäännön 49 artiklan sekä EHTY:n tuomioistuimen perussäännön vastaavien määräysten nojalla ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen asiassa T-234/95, DSG vastaan komissio, 29.6.2000 antamaan tuomioon (Kok. H. 2000, s. II-2603; jäljempänä valituksenalainen tuomio), jolla on hylätty valittajan vaatimukset, jotka koskivat Hampurin osavaltion myöntämästä valtion tuesta EHTY:n terästeollisuuden yritykselle Hamburger Stahlwerke GmbH:lle, Hampuri, 31 päivänä lokakuuta 1995 tehdyn komission päätöksen 96/236/EHTY (EYVL 1996, L 78, s. 31; jäljempänä riidanalainen päätös) kumoamista.

Tosiseikasto ja oikeudenkäynti ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa

2 Asian tosiseikat, sellaisina kuin ne ilmenevät muun muassa valituksenalaisen tuomion 8—22 kohdasta, voidaan tiivistää seuraavasti.

3 Vuodesta 1974 vuoteen 1983 Hamburgische Landesbank Girozentralella (jäljempänä HLB), joka on Hampurin osavaltion kokonaan omistama julkisoikeudellinen pankkilaitos, oli hallussaan 49 prosenttia Hamburger Stahlwerke GmbH:n (jäljempänä vanha HSW) osuuksista vakuutena luotoille, jotka se oli myöntänyt tälle ilman Hampurin osavaltion antamaa takausta tai vakuutta. Vuonna 1983 viimeksi mainittu yhtiö asetettiin selvitystilaan. Tuolloin Hampurin osavaltion ja HLB:n perittävät saatavat entiseltä HSW:ltä olivat suuruudeltaan 181 miljoonaa Saksan markkaa (DEM), joista 129 miljoonaa oli Hampurin osavaltion takaamaa ja 52 miljoonaa sellaisia saatavia, joiden osalta taloudellinen riski oli yksin HLB:llä.

4 Hampurin osavaltio ja HLB päättivät osallistua uuden toimintaa jatkavan yrityksen rahoitukseen, mikä tapahtui Saksan hallituksen mukaan varoja hyödyntäen tarkoituksena saada takaisin osa perittävissä olevista veloista. Uuden yhtiön, Hamburger Stahlwerke GmbH:n (jäljempänä HSW), vuonna 1984 tapahtuneen perustamisen yhteydessä HLB lainasi HSW:n omistajille 20 miljoonaa DEM, joka muodosti yhtiön lähes koko pääoman ja jonka Hampurin osavaltio oli antanut HLB:n käytettäväksi. Oli sovittu, ettei lainaa eikä siihen liittyviä korkoja tarvitse maksaa kuin siinä tapauksessa, että HSW tuottaa voittoa, ja että HSW:n omistajat siirtävät HLB:lle yhtä suuren osan oikeudestaan saada osuus HSW:n voitoista kuin lainattu summa on HSW:n yhtiöpääomasta ja että päätökset yrityksen johdosta ja hallintoneuvostosta edellyttivät HLB:n ennakolta antamaa suostumusta.

5 HLB myönsi HSW:lle tämän aloittaessa vuonna 1984 toimintansa 130 miljoonan DEM:n uusiutuvan luottorajan sellaisten vuosittaisten sopimusten perusteella, joiden voimassaoloaikaa säännöllisesti jatkettiin; tästä summasta 52 miljoonaa oli HLB:n omalla vastuulla ja 78 miljoonaa Hampurin osavaltion vastuulla. Luottorajan vakuudeksi annettiin HSW:n käyttöomaisuus ja saatavat kolmansilta.

6 Vuosina 1984—1993 HSW:llä oli kuusi tappiollista vuotta ja neljä voitollista vuotta. Esimerkiksi vuonna 1991 yhtiön tappioksi kirjattiin 8,5 miljoonaa DEM.

7 Vuonna 1992 HSW kirjasi 19,8 miljoonan DEM:n tappiot, ja yhtiön tilanne edellytti paitsi HLB:n myöntämän 130 miljoonan DEM:n luottorajan uudistamista myös sen korottamista 20 miljoonalla DEM:lla. HLB päätti uudistaa luottorajasta omalla riskillään myöntämänsä 52 miljoonaa DEM, mutta ei osallistunut luottorajan korottamiseen. Hampurin osavaltion toimeksiannosta se lopulta jatkoi 20 miljoonan DEM:n luottoa joulukuussa 1992 sillä ehdolla, että HSW tekee rakenneuudistussuunnitelman.

8 Vuonna 1993 HSW kirjasi 24,4 miljoonan DEM:n tappion, kun terästeollisuuden markkinat yleisesti kohtasivat kasaantuvia vaikeuksia. Hampurin osavaltion vuonna 1993 MacKinsey -nimiseltä yhtiöltä tilaamassa 19.1.1994 julkistetussa asiantuntijaselvityksessä todettiin, että HSW:tä uhkasi konkurssi ja että yhtiö olisi syytä yksityistää ennen uusien tappioiden syntymistä.

9 HLB kieltäytyi tässä tilanteessa jatkamasta luottorajan voimassaoloa. Se ei myöskään ollut valmis noudattamaan aiempaa 52 miljoonan DEM:n suuruista sitoumustaan, joka ei sisältynyt Hampurin osavaltion luototukseen. Joulukuussa 1993 Hampurin osavaltio kuitenkin antoi HLB:lle toimeksi myöntää HSW:lle

1.1.1994 alkaen 150 miljoonan DEM:n suuruisen luottorajan lisättynä 24 miljoonalla DEM:lla sekä antaa 10 miljoonan DEM:n suuruisen liikkumavaran. Hampurin osavaltio otti taloudellisen kokonaisvastuun luotosta, jonka yhteismäärä oli 184 miljoonaa DEM.

10 Vuoden 1994 lopussa HSW myytiin yksityiselle sijoittajalle 275 000 DEM:n kauppahinnasta ja sitä vastaan, että tämä otti vastattavakseen 17,2 miljoonan DEM:n suuruisen takaisin maksamatta olevan osan pääoman kattamiseen otetusta 20 miljoonan DEM:n suuruisesta alkuperäisestä lainasta.

11 Euroopan yhteisöjen komissio, joka oli saanut lehdistön kautta tietoonsa, että Hampurin osavaltio tuki taloudellisesti HSW:tä, käynnisti vuoden 1994 alussa rikkomusmenettelyn EHTY:n perustamissopimuksen 4 artiklan c kohdan nojalla. Tutkinnan jälkeen komissio päätyi siihen, että luotot, jotka oli annettu HSW:lle luottorajan 20 miljoonan DEM:n suuruisen korotuksen perusteella vuoden 1992 joulukuussa sekä vuoden 1993 joulukuussa 174 miljoonan DEM:n kokonaisluottorajan ja 10 miljoonan DEM:n liikkumavaran perusteella, olivat EHTY:n perustamissopimuksen ja terästeollisuudelle myönnettävää tukea koskevista yhteisön säännöistä 27 päivänä marraskuuta 1991 tehdyn komission päätöksen N:o 3855/91/EHTY (EYVL L 362, s. 57; jäljempänä viides terästukisäännöstö) vastaista valtiontukea. Tämän vuoksi se teki 31.10.1995 riidanalaisen päätöksen. Päätöksessä komissio totesi kyseiset tuet mainittujen säännösten vastaisiksi (riidanalaisen päätöksen 2 artikla) ja määräsi Saksan liittotasavallan perimään tuet takaisin ne saaneelta yritykseltä (riidanalaisen päätöksen 3 artikla) sekä ilmoittamaan komissiolle toimenpiteistä, joihin se oli ryhtynyt päätöksen noudattamiseksi (riidanalaisen päätöksen 4 artikla). Sitä vastoin komissio totesi yhteisön oikeuden sallimaksi HLB:n vuonna 1984 HSW:n pääoman kattamiseen myöntämän alkuperäisen 20 miljoonan DEM:n suuruisen luoton (riidanalaisen päätöksen 1 artikla), joka ei ole oikeudenkäynnin kohteena esillä olevassa asiassa.

12 Riidanalaisen päätöksen perusteluissa komissio toi esiin, että Hampurin osavaltio, olematta juridisesti HSW:n omistaja, otti yhtä suuren riskin kuin riskipää-

omaa sijoittava omistaja. Riidanalaisen päätöksen 2 ja 3 artiklassa tarkoitetut lainat myönnettiin, vaikka HSW oli konkurssin partaalla, vaikka uusista tappioista oli ilmoitettu ja vaikka markkinat eivät olleet parantuneet ja huolimatta MacKinsey -nimisen yrityksen asiantuntijaselvityksessä tehdyistä päätelmistä. Komission mukaan tällaisessa tilanteessa yksikään yksityinen sijoittaja ei olisi antanut HSW:n käyttöön uutta pääomaa, minkä osoittaa jo se, että HLB itse oli aluksi kieltäytynyt antamasta pyydettyä rahoitusta ja että Hampurin osavaltion, joka puolestaan otti koko riskin itselleen, oli täytynyt määrätä HLB myöntämään kyseinen luotto.

13 DSG, jolle HSW:n oikeudet ja velvoitteet ovat siirtyneet, nosti 21.12.1995 kanteen yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa riidanalaisen päätöksen kumoamiseksi lukuun ottamatta tämän 1 artiklaa.

14 Oikeudenkäynnissä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa Saksan liittotasavalta hyväksyttiin väliintulijaksi tukemaan kantajan vaatimuksia ja Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyt kuningaskunta väliintulijaksi tukemaan komission vaatimuksia.

15 Valituksenalaisessa tuomiossa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi kanteen.

Valituksenalainen tuomio

16 Valituksenalaisessa tuomiossa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin tutki yhdessä kaksi ensimmäistä kanneperustetta, joiden se katsoi 68—72 kohdassa koskevan EHTY:n perustamissopimuksen 4 artiklan c kohdan ja viidennen

terästukisäännöstön 1 artiklan 2 kohdan rikkomista. Tämän jälkeen se tutki kolmannen eli viimeisen kanneperusteen, joka koski komission harkintavallan väärinkäyttöä.

17 Kahden ensimmäisen kanneperusteen osalta ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi aluksi tuomion 115—119 kohdassa, että käyttäessään toimivaltaansa ratkaista komission päätöksistä nostettuja kumoamiskanteita yhteisöjen tuomioistuin tutkii ainoastaan sen, onko komissio käyttänyt harkintavaltaansa väärin tai selvästi jättänyt noudattamatta EHTY:n perustamissopimuksen määräystä tai sen soveltamista koskevaa oikeussääntöä, jolloin käsitteellä "selvästi" tarkoitetaan sitä, että päätöksen kohteena olevan tilanteen arvioimisessa on tehty ilmeinen virhe. Yhteisöjen tuomiovaltaa käyttävä elin ei voi korvata omalla taloudellisia tosiseikkoja koskevalla arvioinnillaan komission suorittamaa arviointia.

18 Tämän pohdinnan valossa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi aluksi tuomion 123—131 kohdassa, ettei komissio ollut tehnyt ilmeistä virhettä tehdessään yksityisen sijoittajan käyttäytymiseen perustuvan arviointiperusteen soveltamiseksi eron niiden lainojen, jotka HLB myönsi omalla vastuullaan kantajalle, ja niiden lainojen välille, jotka myönnettiin Hampurin osavaltion luottotoimeksiannon perusteella, sekä katsoessaan, että HLB, joka kieltäytyi korottamasta luottorajoja tai jatkamasta niiden voimassaoloaikaa omalla vastuullaan, käyttäytyi siten kuin samankaltaisessa tilanteessa oleva yksityinen sijoittaja olisi saattanut käyttäytyä.

19 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi tämän jälkeen tuomion 132—169 kohdassa, että kun otetaan huomioon kantajan erittäin vaikea rahoitustilanne, sen pakottava rahoitustarve ja Euroopan teräsmarkkinoiden epäsuotuisa suhdannetilanne, komissio ei ollut tehnyt ilmeistä arviointivirhettä katsoessaan, että yksityinen sijoittaja ei olisi suostunut luottorajan korotukseen joulukuussa 1992 (valituksenalaisen tuomion 139 kohta) ja että kantajan mahdollisuudet löytää yksityinen sijoittaja, joka olisi ollut valmis myöntämään luottorajan ja liikkumavaran joulukuussa 1993, olivat erittäin pienet tai jopa olemattomat (valituksenalaisen tuomion 163 kohta). Ensimmäisen oikeusasteen

tuomioistuimen mukaan komissio oli voinut perustellusti katsoa, että yksityinen sijoittaja ei olisi myöntänyt kyseisiä luottoja (valituksenalaisen tuomion 145 ja 167 kohta) ja että kyseiset luotot olivat valtiontukea (valituksenalaisen tuomion 169 kohta).

20 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi lisäksi valituksenalaisen tuomion 171—181 kohdassa, ettei se seikka, että kantaja olisi voinut saada ulkopuolisilta tahoilta pääomaa vakuuksiensa avulla, muuta muuksi sitä, että komissio saattoi laillisesti pitää kiistanalaisia toimenpiteitä valtiontukena.

21 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin totesi vielä lopuksi valituksenalaisen tuomion 182—187 kohdassa, että komissiolla oli oikeus edellyttää, että tuet maksetaan takaisin.

22 Kolmannen kanneperusteen osalta, joka koskee sitä, että komissio ei ollut ottanut huomioon eräässä Euskirchenissä sijaitsevassa HSW:n tuotantolaitoksessa suunnitteilla ollutta tuotantokapasiteetin vähennystä, ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi valituksenalaisen tuomion 193—209 kohdassa, ettei tapahtumia, jotka olivat vasta suunnitteilla esillä olevan asian tosiseikkojen tapahtumisen aikaan, voida ottaa huomioon.

23 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin hylkäsi näin ollen kanteen kokonaan.

Valitus

24 DSG ja Saksan liittotasavalta vaativat, että yhteisöjen tuomioistuin

— kumoaa valituksenalaisen tuomion

— kumoaa riidanalaisen päätöksen 2, 3 ja 4 artiklan

— velvoittaa komission korvaamaan oikeudenkäyntikulut.

25 Valituksensa tueksi DSG esittää kolme perustetta. Ensimmäinen valitusperuste, joka jakautuu neljään osaan, koskee EHTY:n perustamissopimuksen 4 artiklan c kohdan rikkomista sen vuoksi, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on ensinnäkin tulkinnut väärin taloudellisen ykseyden käsitettä, toiseksi soveltanut väärin yksityisen sijoittajan käyttäytymiseen perustuvaa arviointiperustetta, kolmanneksi pitänyt virheellisesti luottorajan voimassaolon jatkamista joulukuussa 1993 pääoman sijoittamisena yhtiöön ja neljänneksi arvioinut väärin muut HSW:n rahoitusmahdollisuudet. Toinen valitusperuste koskee EHTY:n perustamissopimuksen 88 artiklan rikkomista sillä perusteella, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on virheellisesti katsonut, että komissiolla oli oikeus edellyttää sopimuksen vastaisina pidettyjen tukien takaisinmaksua. Kolmas valitusperuste koskee yleisten oikeusperiaatteiden ja erityisesti logiikan sääntöjen loukkaamista siltä osin kuin kyse on Euskirchenissä sijaitsevan HSW:n tuotantolaitoksen tuotantokapasiteetin vähennyksen vaikutuksesta kyseisten tukien arviointiin.

26 Komissio vaatii, että yhteisöjen tuomioistuin hylkää valituksen kokonaan ja velvoittaa valittajan korvaamaan oikeudenkäyntikulut tässä oikeusasteessa.

Yhteisöjen tuomioistuimen arviointi asiasta

27 Yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 119 artiklan mukaan yhteisöjen tuomioistuin voi milloin tahansa hylätä valituksen perustellulla määräyksellä ilman suullista käsittelyä, jos valituksen tutkittavaksi ottamisen edellytykset selvästi puuttuvat tai jos valitus on selvästi perusteeton.

Ensimmäinen valitusperuste

Ensimmäisen valitusperusteen ensimmäinen osa

28 Ensimmäisen valitusperusteen ensimmäisessä osassa valittaja väittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on toiminut EHTY:n perustamissopimuksen 4 artiklan c kohdan vastaisesti katsoessaan, ettei komissio ole tehnyt ilmeistä arviointivirhettä pitäessään Hampurin osavaltiota ja HLB:tä erillisinä oikeudellisina yksikköinä ja käyttäessään erottelun pohjana arviointiperusteena HLB:n menettelyä verrattuna markkinataloudessa toimivan yksityisen sijoittajan menettelyyn.

29 Valittaja tuo esiin yksityiskohtaisesti ne syyt, joiden vuoksi Hampurin osavaltiota ja HLB:tä on sen mukaan pidettävä yhtenä taloudellisena yksikkönä. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on sen mukaan jättäessään nämä seikat huomiotta perustanut valituksenalaisen tuomion virheelliselle tulkinnalle taloudellisen ykseyden käsitteestä, joka on oikeudellisia seikkoja eikä tosiseikkoja koskeva käsite.

30 Komission vastauksen mukaan väitekokonaisuus on jo esitetty samanlaisena ensimmäisessä oikeusasteessa ja valittaja pelkästään vaatii yhteisöjen tuomioistuinta suorittamaan uuden arvioinnin, joka paremmin vastaa valittajan väitteitä. Tällaista vaatimusta ei voida tutkia valitusvaiheessa.

31 Valittajan esittämä väite on komission mukaan muutenkin perusteeton. Tässä tapauksessa kyse on komission mielestä sen ratkaisemisesta, olisiko HSW voinut saada markkinaehdoin toimivalta yksityiseltä sijoittajalta Hampurin osavaltion myöntämiä vastaavat taloudelliset edut. Tämä "yksityisen sijoittajan kriteeri" sisältyy sen mukaan viidennen terästukisäännöstön 1 artiklan 2 kohtaan, jossa määrätään, että "tuen käsite kattaa myös [sellaiset] tukiosat, jotka sisältyvät valtion varojen siirtämiseen — —, joita ei voi pitää todellisena markkinatalouden yhtiöiden tavanomaisen käytännön mukaisena riskipääoman sijoittamisena".

32 Näin ollen vertailu yksityiseen sijoittajaan perustuu ulkopuolisen tahon hypoteettiseen menettelyyn ja merkitsee ryhtymistä tuensaajayrityksen kokonaistilanteen ja niiden markkinoiden, joilla tämä toimii, sekä asianomaisten talousnäkymien ja pääomamarkkinoiden tilanteen monimutkaiseen arviointiin. Komissio väittää, että sillä on tältä osin laaja harkintavalta, minkä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin oli komission mielestä perustellusti todennut valituksenalaisen tuomion 125 kohdassa. Sen seikan, että HLB oli kieltäytynyt myöntämästä omalla riskillään HSW:n pyytämää luottoa ja toteuttanut maksut vasta Hampurin osavaltion toimeksiannosta, mainitseminen esimerkkinä yksityisen sijoittajan käyttäytymisestä, on komission mukaan vain yksi sen esiin nostama kohta muiden joukossa taloudellisen tilanteen kokonaisarvioinnissa.

33 Tältä osin valittaja ei ensinnäkään näytä toteen, miten taloudellisen ykseyden käsite on oikeudellisia seikkoja eikä tosiseikkoja koskeva käsite, mikä on olennaista sen kysymyksen kannalta, onko valtion toimenpidettä pidettävä valtiontukena EHTY:n perustamissopimuksen 4 artiklan c kohdassa tarkoitetulla tavalla.

34 Toiseksi on huomattava, että sikäli kuin tällä ensimmäisen valitusperusteen osalla tarkoitetaan kohdistaa moitteita siihen, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on arvioinut tosiseikkoja virheellisesti tutkittuaan lopputulemia, joihin komissio oli päätynyt "yksityisen sijoittajan kriteeriä" soveltaessaan, ainoastaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on toimivaltainen toisaalta määrittämään ratkaisun perustaksi asetettavan tosiseikaston, lukuun ottamatta sellaisia tapauksia, joissa määritetyn tosiseikaston paikkansapitämättömyys käy ilmi ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimelle toimitetusta aineistosta, ja toisaalta arvioimaan tätä tosiseikastoa. Lukuun ottamatta sitä tapausta, että tuomioistuimelle esitetty selvitys on otettu huomioon vääristyneellä tavalla, tosiseikaston arviointi ei näin ollen ole sellainen oikeuskysymys, että se sellaisenaan kuuluisi yhteisöjen tuomioistuimen muutoksenhakuasteena harjoittaman valvonnan piiriin (ks. mm. asia C-479/00 P (R), komissio v. Gerot Pharmazeutika, tuomio 11.4.2001, Kok. 2001, s. I-3121, 45 kohta).

35 Tästä seuraa, että valittajan ensimmäisen valitusperusteen ensimmäinen osa on osaksi selvästi perusteeton ja osaksi selvästi jätettävä tutkimatta.

Ensimmäisen valitusperusteen toinen osa

36 Ensimmäisen valitusperusteen toisessa osassa valittaja väittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on toiminut EHTY:n perustamissopimuksen 4 artiklan c kohdan vastaisesti soveltaen virheellisesti yksityisen sijoittajan kriteeriä käyttäen epätäsmällistä viiteperustetta. Valituksenalaisen tuomion 135 ja 166 kohdassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valittajan mukaan tutkinut, olisiko yksityinen sijoittaja joulukuussa 1992 ja joulukuussa 1993

korottanut HSW:n luottorajaa tai jatkanut sen voimassaoloa samoin ehdoin kuin Hampurin osavaltio. Tosiasiassa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin käytti valittajan mielestä viiteperusteena pelkkää sellaisen ulkomaisen sijoittajan käyttäytymistä, joka suunnittelee ensi kertaa taloudellisen sitoumuksen myöntämistä HSW:lle.

37 Valittajan näkemyksen mukaan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä kuitenkin seuraa, että viiteperusteena, jota on käytettävä arvioitaessa sitä, onko taloudellista toimenpidettä pidettävä valtiontukena, on sellaisen yksityisen sijoittajan käyttäytyminen, joka on mahdollisimman samanlaisessa tilanteessa kuin viranomainen, eli tässä tapauksessa tilanteessa, jossa rahoitustoimenpidettä pyytävän yrityksen välitön konkurssiuhka aiheuttaa merkittäviä tappioita tälle sijoittajalle.

38 Valittajan mielestä rahoittaja toimii selkeästi yksityisenä sijoittajana markkinaehdoin jatkaessaan — jos kyse on merkittävästä taloudellisesta sitoumuksesta, jonka se voi menettää kokonaan — maksuvaikeuksissa olevan velallisensa tukemista niinkin pitkälle, että antaa tälle lisätukea saadakseen takaisin mahdollisimman paljon aiemmin myöntämästään lainasta. Ilman tätä toimenpidettä väistämättä uhkaavan tappion pienentäminen vastaa näin ollen voittoa, minkä komissio on valittajan mukaan myöntänytkin useissa muita yrityksiä koskeneissa päätöksissä.

39 Komissio korostaa aluksi, että EHTY:n perustamissopimuksen 33 artiklan mukaan komission toimenpiteisiin kohdistuva yhteisöjen tuomioistuimen valvonta koskee vain harkintavallan väärinkäyttöä tai sovellettavien yhteisön säännösten selvää rikkomista. Tämä pätee täysin myös yksityisen sijoittajan kriteerin soveltamiseen. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei siis ole komission mukaan tehnyt oikeudellista virhettä rajoittuessaan valvonnassaan näihin aspekteihin ja jättäessään riidanalaisen päätöksen näin voimaan.

40 Komission mielestä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen olisi tässä tapauksessa pitänyt erityisesti ottaa asianmukaisesti huomioon valittajan rii-

tauttamien toimenpiteiden kannattavuus tappioiden rajoittamisen kannalta. Koska HSW kuitenkin oli konkurssin partaalla ja liikkui suhdanteiden kannalta hyvin epäsuotuisassa tilanteessa, luottorajan korottamisessa siten kuin tässä on tehty ei olisi ollut järkeä yhdellekään yksityiselle sijoittajalle edes aiempien sijoitusten pelastamiseksi, ei joulukuussa 1992 eikä sen paremmin joulukuussa 1993, jolloin tilanne oli vielä huomattavasti pahempi.

41 Tältä osin on muistettava, että viidennen terästukisäännöstön 1 artiklan 2 kohdassa edellytetään, että kun on kyse sen selvittämisestä, miten mahdollinen yksityinen sijoittaja olisi toiminut tietyssä tilanteessa, on nojauduttava markkinataloudessa toimivien yhtiöiden tavanomaiseen käytäntöön.

42 Perustamissopimuksen 92 artiklaa (josta on muutettuna tullut EY 87 artikla) koskevasta yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä, joka koskee yhtä lailla EHTY:n perustamissopimuksen vastaavien säännösten soveltamista, seuraa lisäksi, että ratkaistaessa sitä, onko julkisen vallan puuttuminen missä muodossa tahansa yrityksen pääomaan luonteeltaan valtiontukea, on arvioitava, olisiko yksityinen sijoittaja voitu saada vastaavassa tilanteessa sijoittamaan yhtä merkittävästi pääomaa. Vaikka yksityisen sijoittajan käyttäytyminen — johon talouspoliittisiin päämääriin pyrkivän julkisoikeudellisen sijoittajan väliintulo on rinnastettava — ei välttämättä olekaan samaa kuin tavallisella sijoittajalla, joka sijoittaa varoja tuoton saamiseksi enemmän tai vähemmän lyhyellä tähtäimellä, sen on ainakin oltava samaa kuin yksityisellä holdingyhtiöllä tai yksityisellä konsernilla, joka toteuttaa rakenteellista, maailmanlaajuista tai alakohtaista politiikkaa, jolloin sitä ohjaavat pitemmän tähtäimen tuotto-odotukset (ks. mm. asia C-42/93, Espanja v. komissio, tuomio 14.9.1994, Kok. 1994, s. I-4175, 13 ja 14 kohta).

43 On myös kiistatonta, että komission tutkinta, joka koskee sitä, voidaanko tiettyä toimenpidettä pitää valtiontukena sen vuoksi, että valtio ei ole toiminut tavallisena talouden toimijana, edellyttää monimutkaista taloudellista arviointia. Tehdessään päätöksen, joka sisältää tällaista arviointia, komissiolla on laaja harkintavalta, johon kohdistuvan tuomioistuinvalvonnan on kohdistuttava —

kuten EHTY:n perustamissopimuksen 33 artiklasta johtuu — siihen, että menettelysääntöjä ja perusteluvelvollisuutta on noudatettu, että riidanalaisen ratkaisun perustana olevat tosiseikat pitävät asiallisesti paikkansa, että näitä tosiseikkoja ei ole arvioitu ilmeisen virheellisesti ja ettei harkintavaltaa ole käytetty väärin. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tehtävänä ei ole korvata omalla taloudellisia seikkoja koskevalla arvioinnillaan komission arviointia.

44 Toisaalta EY:n tuomioistuimen perussäännön 51 artiklan sekä EHTY:n tuomioistuimen perussäännön vastaavan määräyksen mukaan yhteisöjen tuomioistuimen valvonta valitusasiassa rajoittuu vain oikeuskysymyksiin, ja valitus voi perustua vain ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen puuttuvaan toimivaltaan, sellaisiin sääntöjenvastaisuuksiin oikeudenkäynnissä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa, jotka koskevat valittajan etuja, taikka siihen, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on toiminut yhteisön oikeuden vastaisesti. Yhteisöjen tuomioistuimen on näin ollen rajoituttava tutkimaan, onko ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin toiminut komission harkintavaltaan kohdistuvaa valvontavaltaansa käyttäessään lainvastaisesti, kuten edellisessä kohdassa on todettu.

45 Tältä osin ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on ensin laajasti valituksenalaisen tuomion 132—169 kohdassa tutkinut komission arvioinnin, joka oli johtanut tämän katsomaan, että tapauksen taloudellisessa taustatilanteessa yksikään järkevä yksityinen sijoittaja ei olisi jatkanut HSW:n rahoittamista. Tämän tutkinnan seurauksena ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin vahvisti komission arvioinnin, jonka mukaan HSW:n taloudellinen tilanne oli niin horjuva, että luottorajan korottaminen joulukuussa 1992 oli hätäratkaisu, jolla pyrittiin pitämään HSW toiminnassa ja johon ei liittynyt tuotto-odotuksia edes pitkällä aikavälillä (valituksenalaisen tuomion 137 kohta), ja että joulukuussa 1993 — kun tilanne oli vielä pahempi — tehtyjen ratkaisujen osalta HSW:n mahdollisuudet löytää yksityinen sijoittaja, joka olisi ollut valmis toimimaan kuin Hampurin osavaltio, olivat käytännössä olemattomat (valituksenalaisen tuomion 163 kohta).

46 Näissä toteamuksissa otettiin siis laajasti huomioon vallinneen tilanteen ja pitkän aikavälin tuotto-odotuksiin tukeutuvalta järkevältä yksityiseltä sijoittajalta odotettavan käyttäytymisen eri aspektit. Sitä vastoin valittajan kanta johtaa yksityisen sijoittajan kriteeriä sovellettaessa nojautumaan kaikkeen kuviteltavissa

olevaan käyttäytymiseen riippumatta siitä, vaikuttiko se järkevältä tällaisessa tilanteessa. Tällainen käyttäytyminen ei kuitenkaan aivan ilmeisestikään voi olla asianmukainen kriteeri.

47 Näin ollen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen ei voida katsoa tehneen oikeudellista virhettä, kun se vahvisti komission laajan harkintavaltansa puitteissa tekemän arvioinnin.

48 Ensimmäisen valitusperusteen toinen osa on siis selvästi perusteeton ja siksi hylättävä.

Ensimmäisen valitusperusteen kolmas osa

49 Ensimmäisen valitusperusteen kolmannessa osassa DSG väittää, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valituksenalaisen tuomionsa 183 ja 184 kohdassa virheellisesti pitänyt joulukuussa 1993 tehtyjä toimenpiteitä pääoman sijoittamisena. Tosiasiassa kyseessä oli pelkästään jo kauan sitten myönnetyn luottorajan voimassaolon pidentäminen. HSW:lle oli nimittäin myönnetty tämä 130 miljoonan DEM:n luottoraja jo vuodesta 1984, minkä komissio oli hyväksynyt kaikki nämä vuodet.

50 DSG:n mukaan vuonna 1993 alkuperäinen luotto oli jo kokonaan käytetty ja siten käytännössä muuttunut pääomaksi. Luottorajan voimassaolon jatkaminen ei siis ollut merkinnyt uusien varojen sijoittamista. Yhtiön mukaan ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin jätti huomiotta taloudellisen ja oikeudellisen tilanteen,

jota leimasi aiemmin myönnetyn lainan takaisinmaksun lykkäys, joka oli juridiselta ja taloudelliselta kannalta välttämätön HSW:n konkurssin estämiseksi.

51 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen olisi DSG:n mukaan ainakin pitänyt kumota riidanalaisen päätöksen 2 artikla, jossa komissio katsoi kaikki joulukuussa 1993 myönnetyt luotot valtiontueksi. Vain alkuperäisen luottorajan korotuksena annettua luottoa, jonka määrä oli 20 miljoonaa DEM joulukuussa 1992 ja 24 miljoonaa DEM joulukuussa 1993, voitiin nimittäin tarkkaan ottaen pitää tukena. Liikkumavaraa, jonka suuruus oli 10 miljoonaa DEM, ei puolestaan yhtiön mukaan koskaan käytetty.

52 Komission mukaan tätä valitusperustetta ei voida ottaa tutkittavaksi, koska valittaja vain toistaa ensimmäisessä oikeusasteessa esitetyt argumentit ja pyrkii näin saamaan yhteisöjen tuomioistuimelta uuden arvioinnin tosiseikoista. Valittaja ei väitä ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tehneen oikeudellista virhettä.

53 Lisäksi valitusperuste on komission mielestä muutenkin perusteeton. HSW:lle myönnettyjen lainojen osalta — kun otetaan huomioon, että yhtiö oli konkurssin partaalla — yhtiön saama etu ei syntynyt näiden lainojen korkojen ja tavanomaisten korkojen välisestä erosta, vaan siitä, että nämä lainat sinänsä myönnettiin, koska yksikään yksityinen sijoittaja ei olisi ollut valmis sellaisia myöntämään. Komissio korostaa, että luottorajan myöntämistä koskeva päätös oli uudistettava vuosittain ja edellytti kulloinkin vallitsevan tilanteen arviointia. Siinä äärimmäisen vaikeassa taloudellisessa tilanteessa, jossa HSW oli vuoden 1993 lopussa, luottorajan voimassaolon jatkaminen oli hyvinkin valtiontukea.

54 Tältä osin komissio on perustellusti huomauttanut, että tässä ensimmäisen valitusperusteen osassa valittaja pelkästään toistaa samat väitteet kuin ensimmäisessä oikeusasteessa vain saadakseen yhteisöjen tuomioistuimen tutkimaan uudelleen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa esitetyt vaatimukset. Tällainen valitus on tosiasiassa vaatimus, jolla pyritään ainoastaan saamaan ensimmäisen

oikeusasteen tuomioistuimessa aikaisemmin esitetty kanne uudelleen tutkittavaksi, mikä ei kuitenkaan EHTY:n tuomioistuimen perussäännön ja EY:n tuomioistuimen perussäännön 49 artiklan mukaan kuulu yhteisöjen tuomioistuimen toimivaltaan (ks. mm. asia C-111/99 P, Lech-Stahlwerke v. komissio, määräys 25.1.2001, Kok. 2001, s. I-727, 33 kohta).

55 Sikäli kuin ensimmäisen valitusperusteen tämän osan on katsottava tarkoittavan, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on ymmärtänyt väärin ne oikeusseuraukset, jotka on annettava sille esitettyjen tosiasioita koskevien väitteiden johdosta, on todettava, ettei tällaista ilmeistä virhettä voida johtaa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toteamuksista. Tämä on valituksenalaisen tuomion 183 kohdassa huomauttanut, että tapauksen tosiseikoista ilmenee selvästi, että luototuksen jatkamisesta oli neuvoteltava vuosittain, koska Hampurin osavaltio ja HLB joutuivat vallitsevan taloudellisen tilanteen mukaan uudistamaan luottorajan voimassaolon ja/tai korottamisen taikka jättämään sen uudistamatta. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin päätyi tämän perusteella tuomion 184 kohdassa siihen, että komissio saattoi perustellusti katsoa tuen määrän vastaavan myönnettyjen luottojen määrää. Tästä arvioinnista ei ole löydettävissä minkäänlaista virhettä.

56 Tästä seuraa, että ensimmäisen valitusperusteen kolmas osa on osaksi jätettävä tutkimatta ja osaksi perusteeton.

Ensimmäisen valitusperusteen neljäs osa

57 Ensimmäisen valitusperusteen neljännessä osassa DSG väittää ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tehneen oikeudellisen virheen, kun tämä on katsonut valituksenalaisen tuomion 173—175 kohdassa, ettei komissio ole tehnyt ilmeistä arviointivirhettä katsoessaan, että HSW:n mahdollisuus saada lainoja kolmansilta esitettävissä olevia vakuuksia vastaan ei estä riidanalaisten toimien

pitämistä valtiontukena. Yhtiön mukaan näet mahdollisuus saada lainaa ulkopuolisilta sillä hypoteettisella ehdolla, että HSW:llä on käytössään HLB:lle annetut vakuudet, olisi pitänyt ottaa huomioon "yksityisen sijoittajan kriteeriä" sovellettaessa.

58 Tältä osin komissio painottaa, että ulkopuolisilta saatavia lainoja koskeva hypoteesi ei ole perusteltu viitetilanne. Tällaiset lainat olisivat ensinnäkin olleet äärimmäisen epätodennäköisiä, kun otetaan huomioon mahdollisten vakuuksien tilanne konkurssin uhatessa. Lisäksi Hampurin osavaltion lainat olivat tapauksessa luonteeltaan debentuurilainoja, jollaisia ulkopuolisilta saatavat lainat eivät olisi olleet.

59 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin katsoi komission mielestä siis täysin perustellusti valituksenalaisen tuomion 174 kohdassa, että ulkopuolisilta tahoilta saatavat lainat eivät olisi olleet verrattavissa HLB:n Hampurin osavaltion toimeksiannosta myöntämiin lainoihin, ja valituksenalaisen tuomion 180 kohdassa, että oli hyvin epävarmaa, että ulkopuoliset olisivat voineet saada riittävästi vakuuksia, jotta ne olisivat voineet myöntää tarpeelliset lainat.

60 Tältä osin ei ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen voida havaita tehneen virhettä tosiseikkojen arvioinnissa. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin nimittäin katsoi aivan oikein, että HSW:tä koskeneessa uhkaavan konkurssin tilanteessa sellainen mahdollisuus, että ulkopuolinen olisi myöntänyt tälle vielä käytettävissä olleita vakuuksia vastaan samansuuruisen luoton kuin Hampurin osavaltio tässä tilanteessa, vaikutti äärimmäisen epätodennäköiseltä ja että riidanalaisia toimenpiteitä oli näin ollen pidettävä EHTY:n perustamissopimuksen vastaisena valtiontukena.

61 Tämän seurauksena ensimmäisen valitusperusteen tämä osa on hylättävä perusteettomana. Ensimmäinen valitusperuste on näin ollen hylättävä kokonaisuudessaan.

Toinen valitusperuste

62 Toisessa valitusperusteessaan DSG väittää ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen toimineen EHTY:n perustamissopimuksen 88 artiklan vastaisesti, kun tämä katsoi valituksenalaisen tuomion 187 kohdassa komission olevan toimivaltainen vaatimaan sopimuksen vastaisena pitämänsä valtiontuen takaisinmaksua.

63 Valittaja huomauttaa, ettei EHTY:n perustamissopimuksessa ole määräystä, joka vastaisi EY:n perustamissopimuksen 93 artiklan 2 kohtaa (josta on tullut EY 88 artiklan 2 kohta) ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 93 artiklan soveltamista koskevista yksityiskohtaisista säännöistä 22 päivänä maaliskuuta 1999 annetun neuvoston asetuksen (EY) N:o 659/1999 (EYVL L 83, s. 1) 14 artiklaa, joissa annetaan komissiolle nimenomainen toimivalta vaatia laittomien tukien takaisinmaksua. Vanhempana sopimuksena EHTY:n perustamissopimusta leimaa valittajan mielestä komission paljon vähäisempi rooli jäsenvaltioita kohtaan kuin EY:n perustamissopimuksessa. Valittajan mukaan ainoa mahdollinen peruste komission toimivallalle on nojautuminen EHTY:n perustamissopimuksen 88 artiklan kolmanteen kohtaan, jossa kuitenkin edellytetään neuvoston ennakkoon kahden kolmasosan enemmistöllä antamaa hyväksyntää. Tällaista hyväksyntää ei tässä tapauksessa kuitenkaan ollut annettu. Subsidiariteettiperiaatteen mukaan jäsenvaltioiden asiana on tehdä johtopäätökset EHTY:n perustamissopimuksen vastaisena pidetyn tuen johdosta. Riidanalaisen päätöksen 3 artikla on näin ollen valittajan mukaan kumottava.

64 Komission mukaan väitteet ovat perusteettomia. Velvollisuus palauttaa yhteisön oikeuden mukainen tilanne ja siten periä takaisin lainvastainen tuki perustuu suoraan EHTY:n perustamissopimuksella luotuun tiukkaan tukijärjestelmään sekä jäsenvaltioiden velvollisuuteen, joka seuraa tästä järjestelmästä. Kyseisen sopimuksen 88 artiklassa määrätään nimenomaisesti, että komissio voi todeta velvollisuuden ja asettaa jäsenvaltiolle määräajan sen täyttämistä varten. Artiklan kolmannessa kohdassa oleva neuvoston hyväksyntää koskeva määräys koskee

komission mielestä yksinomaan siinä kuvattuihin erityistoimiin ryhtymistä. Tällaisista toimista ei sen mukaan kuitenkaan ole kyse esillä olevassa asiassa.

65 Tältä osin on riittävää todeta, että EY:n perustamissopimuksessa tarkoitettujen tukien järjestelmän osalta lainvastaisesti myönnetyn tuen poistaminen siten, että tuki peritään takaisin, on johdonmukainen seuraus siitä, että tuki on todettu lainvastaiseksi, ja että valtiolle asetetulla velvollisuudella poistaa komission yhteismarkkinoille soveltumattomaksi katsoma valtiontuki pyritään palauttamaan aikaisempi tilanne (ks. mm. asia C-75/97, Belgia v. komissio, tuomio 17.6.1999, Kok. 1999, s. I-3671, 64 kohta). Tästä seuraa, että komission nimenomainen toimivalta vaatia takaisinmaksua ei ole tarpeen.

66 EHTY:n perustamissopimuksen järjestelmään kuuluvien tukien osalta ei voida tältä osin tehdä toisenlaista arviota.

67 Ensinnäkään EHTY:n perustamissopimuksella luotu tukijärjestelmä ei ole vähemmän ankara kuin EY:n perustamissopimuksessa tarkoitettu, vaikka valittaja haluaa niin uskotella. Päinvastoin EHTY:n perustamissopimuksen 4 artiklan c kohdassa otetaan käyttöön järjestelmä, joka on selvästi tiukempi kuin EY:n perustamissopimuksen mukainen, koska siinä oikeutetaan heti alkuun komissio kieltämään kaikki valtiontuet tutkimatta sitä, vääristävätkö tuet tai uhkaavatko ne vääristää kilpailua taikka onko niiden kohdalla kyse kieltoon tehtävästä poikkeuksesta.

68 Toiseksi siinä tapauksessa, että jäsenvaltio ei noudata komission päätöstä lainvastaisen tuen takaisinperinnästä, komissiolla on EHTY:n perustamissopimuksen järjestelmässä samalla tavoin kuin EY:n perustamissopimuksen järjestelmässä mahdollisuus turvautua jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevaan menettelyyn. Vasta myöhemmässä tämän menettelyn vaiheessa eli silloin kun kyseessä on seuraamuksien langettaminen velvollisuuksien noudattamatta jättämisen johdosta, EHTY:n perustamissopimuksen 88 artiklan kolmannessa kohdassa määrätään — toisin kuin EY:n perustamissopimuksen mukaisessa

jäsenyysvelvoitteiden noudattamatta jättämistä koskevassa menettelyssä — neuvoston väliintulosta.

69 Tässä tapauksessa kuitenkin valittajan nostaessa ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimessa kumoamiskanteen menettely oli vasta siinä vaiheessa, jossa komissio totesi kyseisten tukien lainvastaisuuden. Tässä vaiheessa neuvoston väliintuloa ei selvästikään ole määrätty. Subsidiariteettiperiaatteen loukkaamisestakaan ei siten voida ymmärtää olevan kyse. Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on näin ollen katsonut aivan oikein, että komissio ei ollut tehnyt ilmeistä arviointivirhettä edellyttäessään näiden tukien takaisinperintää.

70 Toinen valitusperuste on niin muodoin ilmeisen perusteeton ja hylättävä.

Kolmas valitusperuste

71 Kolmannessa valitusperusteessa DSG väittää ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen loukanneen yleisiä oikeusperiaatteita yhtiön Euskirchenissä sijaitsevan tuotantolaitoksen tuotantokapasiteetin vähentämisen osalta.

72 Valittajan mukaan tämä tuotantokapasiteetin vähennys vaikutti hyvin paljon kyseisten maksujen arvioinnin osalta huomioon otettavaan tosiasialliseen tilanteeseen, sillä olisi ollut mahdollista saada subventioita, jotka olisi sitten voitu kompensoida kyseisillä tuilla.

73 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on valittajan mielestä ensinnäkin toiminut epäloogisesti tutkiessaan valituksenalaisen tuomion 200 kohdassa väitettä, joka perustuu palautettavien tukien kompensoitumiseen subventoimattoman kapasiteetin vähennyksellä, johon vedottiin kiistettäessä "yksityisen sijoittajan kriteeri", johon komissio oli nojautunut. Kompensoitumiseen tukeutuminen on kuitenkin tässä yhteydessä vailla merkitystä. Tällainen väite ei näet pyri kiistämään toimenpiteen luonnetta valtiontukena, vaan edellyttää sitä.

74 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin ei valittajan näkemyksen mukaan myöskään ole tutkinut sitä ratkaisevaa kysymystä, voivatko käyttämättömät tai pyytämättömät rakenneuudistustuet kompensoida lainvastaisen tuen, joka on perittävä takaisin. Tässä tapauksessa kompensaatio muodostuu yhtiön mielestä siitä, että otetaan huomioon HSW:n myöhempi subventoimaton tuotantokapasiteetin vähennys ja HSW:hen kohdistuvan palautussaatavan osalta sen rakenneuudistustuen suuruus, joka olisi voitu myöntää. Hampurin osavaltion myöntämän luoton pitäminen lainvastaisena tukena ja vaatimus sen takaisinmaksusta ottamatta huomioon myöhemmin toteutettua subventoimatonta rakenneuudistusta on suhteettoman ankara menettelytapa. Jos ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin olisi tutkinut oikein valittajan tämän argumentin, se olisi valittajan mukaan tullut toiseen lopputulokseen.

75 Komission mielestä valitusperustetta ei voida ottaa tutkittavaksi, koska DSG vain toistaa oikeudelliselta kannalta merkityksettömiä argumentteja, joita ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuinkin on pitänyt tällaisina ilman, että viimeksi mainitun voitaisiin katsoa tehneen konkreettista oikeudellista virhettä. Tämän lisäksi valitusperuste on komission mukaan vailla merkitystä siksi, että ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on täysin perustellusti pitänyt kantajan argumentteja merkityksettöminä.

76 Tältä osin on todettava, etteivät asianosaiset ole kiistäneet sitä, että riidanalaisen tuen myöntämisen aikaan HSW:n Euskirchenissä sijaitsevan tuotantolaitoksen tuotantokapasiteettia ei vielä ollut vähennetty, vaan vähennys oli vasta suunnitteluvaiheessa.

77 Ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuin on näin ollen perustellusti voinut valituksenalaisen tuomion 200 ja 201 kohdassa todeta, että kantajan väitteillä, jotka liittyvät tukien myöntämisen jälkeen tapahtuneisiin seikkoihin, ei ollut merkitystä sen vuoksi, että vertailu yksityiseen sijoittajaan pitää tehdä ainoastaan niiden tietojen perusteella, jotka olivat Hampurin osavaltion käytettävissä kiistanalaisten luottojen myöntämisen aikaan, ja että Euskirchenin tytäryhtiön toiminnan myöhemmän lopettamisen myönteisiä seurauksia ei toteen näytettyinäkään voida ottaa huomioon riidanalaista päätöstä tutkittaessa. Nämä toteamukset eivät selvästikään ole sisällöltään lainvastaisia.

78 Kolmas valitusperuste on näin ollen hylättävä perusteettomana.

79 Kaikesta edellä esitetystä seuraa, että DSG:n valituksensa tueksi esittämät perusteet ovat joko selvästi sellaisia, että ne on jätettävä tutkimatta, tai ilmeisen perusteettomia. Tämän vuoksi valitus on hylättävä työjärjestyksen 119 artiklan nojalla.

Oikeudenkäyntikulut

80 Yhteisöjen tuomioistuimen työjärjestyksen 69 artiklan 2 kohdan mukaan, jota sovelletaan 118 artiklan nojalla valitusmenettelyssä, asianosainen, joka häviää asian, velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut, jos vastapuoli on sitä vaatinut. Komissio on vaatinut DSG:n velvoittamista korvaamaan oikeudenkäyntikulut. Koska DSG on hävinnyt asian, se on velvoitettava korvaamaan oikeudenkäyntikulut. Työjärjestyksen 69 artiklan 4 kohdan ensimmäisen alakohdan mukaan väliintulijoina esiintyneiden jäsenvaltioiden ja yhteisön toimielinten on vastattava omista oikeudenkäyntikuluistaan, joten Saksan liittotasavallan on vastattava omista kuluistaan.

Näillä perusteilla

YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIN (viides jaosto)

on määrännyt seuraavaa:

1) **Valitus hylätään.**

2) **DSG Dradenauer Stahlwerke mbH velvoitetaan korvaamaan oikeudenkäyntikulut.**

3) **Saksan liittotasavalta vastaa omista oikeudenkäyntikuluistaan.**

Annettiin Luxemburgissa 25 päivänä huhtikuuta 2002.

R. Grass — kirjaaja

P. Jann — viidennen jaoston puheenjohtaja