

РЕШЕНИЕ НА ПЪРВОИНСТАНЦИОННИЯ СЪД (шести разширен състав)

6 март 2003 година*

„Държавни помощи - Некомпетентност на Комисията - Нарушаване правото на защита - Нарушаване на основните форми - Понятия за помощ - Нарушение на членове 87 ЕО и 295 ЕО - Инвеститор, който работи в пазарна икономика - Съобразен процент на заплащане - Нарушение на задължението за мотивация”

По дела Т-228/99 и Т-233/99,

Westdeutsche Landesbank Girozentrale, установено в Düsseldorf (Германия), за която се явява адв. F. Montag, адвокат, със седалище в Люксембург,

Land Nordrhein-Westfalen, за което се явява адв. M. Schütte, адвокат със седалище в Люксембург,

ищци,

поддържани от

Федерална република Германия, за която се явява г-н W.-D. Plessing, в качеството му на представител, подпомаган от адв. H.-F. Wissel, адвокат,

встъпила страна,

срещу

Комисията на Европейските общности, за която се явява г-н K.-D. Borchardt и V. Kreuzschitz, в качеството им на представители, със седалище Люксембург,

ответници,

подпомаган от

Bundesverband deutscher Banken eV, със седалище в Berlin (Германия), за която се явява адв. H.-J. Niemeuer, адвокат,

встъпила страна,

с предмет искане за отмяна на Решение 2000/392/ЕО на Комисията от 8 юли 1999 г. относно мярка за изпълнение от страна на Германия в полза на Westdeutsche Landesbank - Girozentrale (WestLB) (ОВ 2000 г., L 150, стр. 1),

ПЪРВОИНСТАНЦИОННИЯТ СЪД (втори разширен състав),

* Език на производството: немски.

в състав: г-н R. M. Moura Ramos, председател, г-жа V. Tiili, г-н J. Pirrung, г-н P. Mengozzi и А. W. H. Meij, съдии,

секретар: г-жа D. Christensen, администратор,

като взе предвид писмената фаза и след съдебното заседание от 5 и 6 юни 2002 г.,

постанови настоящото

Решение

Предистория на спора

I – Обстоятелства около спора

1. Настоящите дела се отнасят до интеграцията на Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen (по-нататък „WfA”) в Westdeutsche Landesbank Girozentrale (по-нататък „WestLB”) (по-нататък „трансфер” или „оспорвана операция”).

A – Изисквания в областта на собствените капитали наложени от директива относно собствените фондове и директива относно платежеспособността

2. Съгласно Директива 89/647/ЕИО на Съвета от 18 декември 1989 г. относно рационализиране на платежеспособността на кредитните институции (ОВ L 386, стр. 14), и Директива 89/299/ЕИО на Съвета от 17 април 1989 г. относно собствения капитал на кредитните институции (ОВ L 124, стр. 16), банките са задължени да разполагат със собствени капитали най-малко 8 % от активите си при умерени рискове и рисковите им трансакции не вписани в баланса. Вследствие на тези директиви, промените в Kreditwesengesetz (немски закон за кредитните институции) са направени на 1 януари 1992 г. и новите изисквания са влезли в сила на 30 юни 1993 г.

3. Що се отнася до новия праг от 8 % установен от тези директиви, поне половината от тази сума би трябвало да се състои от „собствени базови фондове” включващи елементи от капитала, с който кредитното заведение може свободно и неограничено да разполага с цел покриване на евентуални загуби. Собствените базови фондове имат основно значение за разполагане от страна на една банка със собствени фондове, дотолкова доколкото „допълнителните собствени фондове” (собствени фондове втора категория), които не са признати за гаранции за рисковите дейности на една банка единствено при изчерпване на разполагаемите собствени базови фондове.

4. От друга страна, възможността за една банка да понася високи рискове се ограничава от размера на собствените фондове. В момента на трансфера на WfA, съгласно член 13 от Kreditwesengesetz, един голям индивидуален риск не

би могъл да надвиши 50 % от собствените фондове на кредитното заведение и съвкупността от големите рискове не биха могли да надвишат 15 % от собствените фондове, но не повече от осем пъти този размер. В резултат на една промяна извършена през 1994 г. от Kreditwesengesetz, на Директива 92/121/ЕИО на Съвета от 21 декември 1992 г. относно наблюдението и контрола на големите експозиции на кредитните институции (ОВ 1993 г., L 29, стр. 1), максималния размер на индивидуален заем е бил ограничен до 25 % на собствените фондове на банката и общия размер на големите рискове надвишаващи 10 % от собствените фондове на банката на осем пъти собствените фондове.

5. От друга страна, член 12 на Втора директива 89/646/ЕИО на Съвета от 15 декември 1989 г., целящ координиране на законодателните разпоредби, както и подзаконовите и административни актове относно достъпа до дейността на кредитните институции и неговото осъществяване променят Директива 77/780/ЕИО (ОВ L 386, стр. 1), и се ограничава размера на участието на други кредитни организации и банкови институции. Член 12 от Kreditwesengesetz, разпоредба която не се базира на правото на Общността, но съществува и в други държави-членки предвижда, че общия размер на дългосрочните инвестиции – сред които фигурират и участия в не финансови заведения – трябва да бъде ограничена до размера на собствените фондове. Немските банки трябва да се съобразят с новите разпоредби в областта на собствените фондове до 30 юни 1993 г.

B – WestLB

6. WestLB е кредитна институция по публичното право, регистрирана съгласно законодателството на Land Nordrhein-Westfalen (по-нататък „Land“). На 31 декември 1991 г., признатите собствени фондове на WestLB са били в размер на 5,1 милиарда немски марки (DEM). Съгласно законодателството на Land, WestLB има тройна функция. Тя изпълнява функцията на централна банка за местните спестовни каси на този Land и от 17 юли 1992 г., също така и на Land Brandenburg. Тя изпълнява задачите на държавна и общинска банка, като между другото извършва финансови операции за сметка на държателите на социалните дялове. И накрая тя извършва общи банкови операции.

7. WestLB е 100 % държавна собственост. Основния държател на социалните дялове е Land (43,2 %), другите държатели на социалните дялове са Landschaftsverband Rheinland и Landschaftsverband Westfalen-Lippe (сдружение на общините от областите Rhénanie и Westphalie-Lippe), които държат всяка от тях 11,7 % от капитала, а също така Rheinischer Sparkassen- und Giroverband et le Westfälisch-Lippischer Sparkassen- und Giroverband (сдружение на спестовните каси на областите Rhénanie и Westphalie-Lippe), като всяка една от тях държат 16,7 % от дяловете. Към датата на трансфера и поне до 8 юли 1999 г. тези пропорции са останали непроменени.

8. Според баланса си групата WestLB заема трето място в банковия сектор на Германия, след Deutsche Bank AG и Dresdner Bank AG. Групата WestLB предлага банкови услуги на предприятия и държавни организации, а също така присъства на международни капиталов пазар, където реализира операции от свое име и от издателите на ценни книжа. Както много други общи немски

банки и WestLB имат участия във финансови институции и предприятия. От друга страна 1997 г. WestLB е реализирала голяма част от дейността си извън Федерална република Германия.

C – WfA

9. WfA е основана през 1957 г. и до 31 декември 1991 г., е функционирала като организация по немското публично право; на това основание е била юридическо лице. Нейния капитал е бил от 100 милиона DEM и Land е бил единствения притежател на социалните дялове. Според законодателството WfA е имала за единствен предмет на дейност стимулирането на жилищното строителство чрез отпускане на безлихвени заеми или ниско лихвени такива. Като организация в обществена полза тя е освободена от данъка върху дружествата от данъка върху печалбата и от професионалната такса върху експлоатацията на капитала.

10. Отговорността на Land за евентуалните загуби и като гарант се разпростира върху WfA, в качеството на организация по публичното право за всички нейни ангажименти. Тези гаранции са останали не променени по време на трансфера.

D – Включване на WfA във WestLB

11. Съгласно Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung (закон относно приемането на правила за помощ при жилищното строителство), приет на 18 декември 1991 г. от парламента на Land, WfA е била прехвърлена, считано от 1 януари 1992 г., към WestLB.

12. Трансферът е оправдан в изложение на мотивите към закона чрез увеличаването на собствените средства на WestLB предназначени да позволят на това кредитно заведение да отговори на по-строгите изисквания в тази област приложими след 30 юни 1993 г. От друга страна, събирането на дейностите по подпомагане на жилищното строителство на WfA и на WestLB биха довели до подобряване на тяхната ефикасност.

13. В рамките на трансфера, Land е премахнал гаранцията върху WfA, която се е равнявала горе долу на 7,4 милиарди DEM върху ангажиментите на базата на капиталови заеми предназначени за строеж на жилища.

14. WestLB е станал единствен приемник на WfA (с изключение на гаранциите на дълговете на Land свързани със строежа на жилища анулирани от трансфера). WfA е станал независимо дружество по публичното право в икономическата и организационната област, без да е юридическо лице в рамките на WestLB. Първоначалния капитал и резервите на WfA трябва следователно да бъдат включени в баланса на WestLB като специални резерви. Съгласно отговорността си за евентуални загуби на институцията и като гарант Land е все още отговорен за ангажиментите поети от WfA.

15. Елементите от имуществото на WfA, а именно неговия капитал, резерви, фонда за жилищно подпомагане, другите му вземания, както и бъдещите печалби от строителни заеми са продължили да бъдат използвани след трансфера към WestLB, за дейности по подпомагане на жилищното

строителство съгласно член 2, параграф 16, алинея втора, на упоменатия по-горе в точка 11 закон. Въпреки това, този закон дава на трансферираното имущество и друга функция: то би трябвало от тук нататък да използва собствени капитали по смисъла на Kreditwesengesetz и следователно и на Директива 89/299, които да се използват за изчисляване на ликвидността на банката и биха служили като гаранция за търговските дейности следователно конкурентни на WestLB.

16. По повод трансфера държателите на социални дялове в WestLB са били предупредени чрез промените в устава, че активите предназначени за жилищно строителство ще трябва да бъдат запазени, дори ако WestLB трябва да понесе загуби накърняващи първоначалния им капитал. Капиталът на WfA не би трябвало да бъде гаранция във вътрешен план преди другите собствени фондове на WestLB да са станали гаранция. Уставът предвижда, че отговорността на държателите на социални дялове на WestLB за евентуални загуби на институцията се разпростират също така и върху специалните резерви на WfA. В случай на ликвидация на WestLB, Land би имал приоритетно право над капитала на WfA. От друга страна, е било заявено, че увеличението на собствените фондове на WestLB чрез поглъщането на WfA представлява парично участие на Land, и че държателите на социални дялове трябва да определят размера на годишната вноска след публикуване на първите резултати от 1992 г. нататък. Това решение е станало в следствие приложение към устава от 11 ноември 1993 г., Предвидено е било, че WestLB ще изплати на Land в случай на печалба годишна сума равняваща се 0,6 % след приспадане на данъците за частта на капитала на WfA използвана като гаранция за операциите на WestLB.

17. Въпреки това вътрешно споразумение предназначено да гарантира активите на WfA, не съществува никакъв приоритет що се отнася до едната или другите от двете функции на WfA, с други думи строежа на жилища от една страна и качеството им на гаранционен капитал за WestLB във външните отношения с кредиторите си от друга. WestLB може да разполага директно и неограничено с трансферираните активи, за да покрива загуби и в случай на фалит за сумите дължими на кредиторите.

18. Договора за управление относно закона за подпомагане на жилищното строителство сключен между Land и WestLB предвижда, че последната не може да използва специалните резерви предназначени за консолидиране на собствените дейности, единствено в степен, в която мисията на WfA предвидена от закона е осигурена.

19. WfA е изгубила юридическата си независимост превръщайки се в отдел на WestLB натоварен с помощта за жилищното строителство. Въпреки това търговските му дейности не са били изцяло интегрирани с WestLB. WfA е останала обособена единица в рамките на WestLB под наименованието Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen - Anstalt der Westdeutschen Landesbank Girozentrale (организация в помощ на жилищното строителство в Land – отдел на WestLB). Този нов отдел „Помощ към жилищното строителство” се явява в счетоводството на WestLB, но съставя свой собствен

баланс. Що се отнася до бившия отдел за помощ на жилищното строителство на WestLB, той е бил обединен с WfA.

20. Активите на WfA прехвърлени на WestLB, а именно капитала, резервите, другите активи и бъдещи печалби остават прикачени към помощта за строителство на жилища и следователно трябва да бъдат управлявани независимо от другите активи на WestLB. От друга страна, това деление е необходимо, за да могат операциите свързани с помощта в областта на жилищното строителство да могат да продължат да се смятат за дейности с обществен интерес съгласно немското данъчно право. По този начин данъчните облекчения, с които се е ползвала WfA не са били отменени.

II – Административна процедура

21. С жалба от 23 март 1993 г., Bundesverband deutscher Banken eV (федерация на немските банки, по-нататък „BdV”), която представлява приблизително 300 частни банки, със седалище в Германия, е помолила Комисията да открие процедура на основание на член 226 ЕО срещу Федерална република Германия. BdV изтъква, че Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (федерален офис за кредитен контрол) е нарушил член 4, параграф 1 от Директива 89/299, като е приел, че активите на WfA, която се е сляла с WestLB, бъдат считани като собствени фондове на WestLB.

22. С писмо от 31 май 1994 г., BdV е информирала генералната дирекция „Конкуренция” (DG IV) на Комисията, за това отдаване на активи, което според нея води до нарушаване на конкуренцията в полза на WestLB. На 21 декември 1994 г., тя официално е подала жалба до Комисията, като е поискала последната да започне процедурата предвидена от член 88, параграф 2 ЕО срещу Федерална република Германия. През м. февруари и м. март 1995 г. и през декември 1996 г., десет банки членове на BdV са се присъединили към жалбата на последната.

23. С цел да определи дали отстъпването на активи представлява държавна помощ, Комисията е поискала от немските федерални власти да предоставят допълнителна информация с писма от 12 януари, 9 февруари, 10 ноември и 13 декември 1993 г., и 16 януари 1996 г. Тези информации са били съобщени с писма от 2 февруари и 16 март 1993 г. от 8 март 1994 г., 12 и 26 април 1996 г. и от 14 януари 1997 г. Различните засегнати страни също са приложили различни документи и писма. Представители на Комисията са се срещнали няколко пъти с представителите на немските власти на WestLB и на другите областни банки, а също така и с жалбоподателите.

24. В следствие този обмен на информацията, Комисията с Решение от 1 октомври 1997 г., е открила процедурата предвидена в член 88, параграф 2 ЕО (по-нататък „решене за откриване на процедура”). В това решение, Комисията е стигнала до заключение, че оспорваната мярка вероятно представлява помощ по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО, и че има нужда от допълнителни сведения, за да задълбочи анализа си. За нея е най-вече важно да получи информации за мерките, чрез които Land на практика участва по разумен начин в допълнителните печалби способни да бъдат реализирани от WestLB в следствие

увеличаване на капитала. Информация върху отражението на липса на ликвиден характер на прехвърления капитал поради факта, че влиянието на Land върху WestLB не е увеличено и на преференциалния характер на фиксираното заплащане, а също така и други допълнителни фактори, които са изиграли роля за фиксирането на подобаващото заплащане; от друга страна, информация върху размера на капитала на WfA предназначен да гарантира дейностите на WestLB, на излишъка записан в баланса на WestLB, върху данъчните облекчения анулирането на дългове, рентабилността на WestLB и евентуалните последващи ефекти.

25. Решението да се започне процедурата предвидена в член 88, параграф 2 ЕО е била съобщена на германското правителство с писмо от 23 октомври 1997 г. С писма от 7 и 25 ноември и от 2 декември 1997 г., е договорено да се премахне информация със конфиденциално съдържание с цел публикация, след удължаване на искания срок с писмо от 19 ноември 1997 г. отпуснато с писмо от 1 декември 1997 г., немското правителство е заявило своята позиция с писмо от 27 февруари 1998 г.

26. Решението на Комисията да открие процедура е било публикувано в *Официалния вестник на Европейските общности* на 5 май 1998 г. (ОВ С 140, стр. 9). Комисията е поканила заинтересованите да представят своите възражения по въпросната мярка. Комисията е приела възраженията от страна на WestLB (19 май 1998 г.), на френското банково сдружение (26 май 1998 г.), на British Bankers' Association (2 юни 1998 г.) и на BdV (4 юни 1998 г.). Тя ги е предала на немското правителство с писмо от 15 юни 1998 г. като му е дала възможност да направи коментари, които е получила с писмо от 11 август 1998 г.

27. На 15 януари и 16 септември 1998 г., са се състояли съвещания с представители на BdV и на 9 септември 1998 г., с представители на WestLB. С писмо от 22 септември 1998 г., службите на Комисията са поканили немските власти, WestLB и BdV на съвещание относно различните аспекти на делото. BdV е съобщило информация с писмо от 30 октомври 1998 г., Съвещанието, на което са присъствали трите страни се е състояло на 10 ноември 1998 г.

28. В последствие службите на Комисията са поискали от немските власти и от BdV, с писмо от 16 ноември 1998 г., да им предоставят допълнителни сведения и документи. След продължение на срока BdV е дало исканата информация с писмо от 14 януари 1999 г. След продължаване на срока немските власти са дали информацията с две писма от 15 януари 1999 г., и от 7 април 1999 г. Тъй като немските власти са отказали да предоставят някои данни на Комисията, последната е наредила даването на тези сведения с Решение от 3 март 1999 г. съобщено на немското правителство с писмо от 24 март 1999 г. След продължаване на срока немското правителство е удовлетворило това решение с писмо от 22 април 1999 г.

29. Комисията е поръчала независимо изследване на заплащането, което Land е трябвало да поиска за прехвърлянето на WfA на WestLB. Консултантското дружество, което е било натоварено с тази задача (First Consulting) също е присъствала на тристранната среща на 10 ноември 1998 г.

III – *Оспорвано решение*

30. На 8 юли 1999 г., Комисията е приела Решение 2000/392/ЕО относно предприетата мярка спрямо Германия в полза на Westdeutsche Landesbank - Girozentrale (WestLB) (ОВ 2000, L 150, стр. 1, по-нататък „оспорвано решение“). Решението е било съобщено на Федерална република Германия на 4 август 1999 г., която е съобщила на Land с писмо от 6 август 1999 г. Land от своя страна е информирал WestLB и писмо от 9 август 1999 г., което е получено в WestLB същия ден. Решението съдържа следния диапозитив:

„Член първи

Държавната помощ осъществена от Германия в полза на Westdeutsche Landesbank Girozentrale, в размер на 1 579 700 000 DEM (807 700 000 EUR) от 1992 г. до 1998 г., е несъвместима с общия пазар.

Член 2

1. Германия взема всички необходими мерки, за да вземе обратно помощта от бенефициента визирана в член 1 и незаконно дадена му.

2. Възстановяването ще бъде осъществено съгласно процедурите предвидени в националното законодателство. Помощите, които трябва да се възстановят включват лихвите от датата на която са били предоставени на бенефициентите, до датата на възстановяването им. Лихвите се изчисляват на базата на тези, които се използват за изчисляване на еквивалентното – субсидии в рамките на регионалните помощи.

Член 3

Германия информира Комисията в срок от два месеца от датата на съобщаване на настоящото решение за мерките, които е предприела, за да се съобрази с него.

(...)”

A – Общ анализ

31. В оспорваното решение Комисията излага своята преценка на въпросната мярка. Тя може да бъде обобщена, както следва.

32. Първо, що се отнася до накърняването на конкуренцията и отражението върху търговията между държавите-членки, Комисията счита, че WestLB предоставя услуги, които се конкурират с други европейски банки извън Германия, както и в Германия. Така всяка помощ в полза на WestLB би довела до накърняване на конкуренцията и би се явила пречка за търговията в Общността. Според ищеца за да функционира и разширява търговската си дейност една банка трябва да разполага с достатъчно признати собствени капитали. Възможностите, които се предоставят на WestLB са били директно

повлияни от мярката предприета от държавата, която гарантира ликвидността на WestLB.

33. След това, Комисията счита, че въпросната операция представлява трансфер на държавни капитали в предприятия. Тези капитали имащи търговска стойност и не подплатени с достатъчно заплащане са държавни ресурси по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО.

34. За да проверим дали отстъпването на държавни капитали на държавно предприятие му дава предимство и може да се счита за държавна помощ по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО, Комисията прилага принципа на „инвеститор, който оперира в пазарна икономика“.

35. Комисията тогава детайлно обяснява своя анализ на операцията направена, като има предвид принципа на инвеститора, който оперира в пазарна икономика.

36. Комисията декларира на първо място, че въпреки фактът, че член 295 ЕО предвижда, че Договорът ЕО не представлява кодекс на собствеността на различните държави-членки, това не оправдава нарушаване на правилата за конкуренция в Общността. По този начин Комисията счита, че не бива да поставя отново под въпрос правото на държавите-членки да използват специални фондове за проекти от общ икономически интерес. Въпреки това правилата на пазара се прилагат, след като държавните фондове или други активи се използват за търговски цели. Следователно след като решава да използва за търговски цели капитал предназначен за публични цели държавата, според Комисията следва да изисква заплащане отговарящо на пазара.

37. На второ място що се отнася до особения характер на операцията ищещът поддържа становището, че когато една държава-членка предприема операция като въпросната трябва детайлно да се разгледа в каква степен тя може да бъде икономическо предимство за частта от предприятието подчинена на правилата на конкуренцията.

38. На трето място, Комисията подчертава, че един от начините да се постигне добра възвръщаемост на капиталите би бил увеличение на участието държано от Land в WestLB. Тъй като, това не е било направено Land би трябвало съгласно оспорваното решение, според принципа на инвеститора работещ в условията на пазарна икономика да поиска капиталите, които е внесъл да бъдат заплатени по други подобаващи начини. В противен случай според Комисията Land давал на WestLB предимство представляващо държавна помощ.

39. На четвърто място, ответникът обяснява как е определил базата на капитала взета за изчисляване на заплащането. За да се определи подходящото заплащане е необходимо да се направи разграничение между различните елементи на специалните резерви на WfA, по отношение тяхната полза за WestLB.

40. Комисията припомня, че сума в размер от 5,9 милиарда DEM е била вписана в баланса на WestLB като собствени капитали. Въпреки това Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen е признал като собствени базови фондове само 4 милиарда

DEM. От последния размер единствено 2,5 милиарда DEM биха могли ефективно да се използват от WestLB, за да разшири дейностите си подчинени на конкуренцията като собствени фондове и съгласно разпоредбите за ликвидност и трябва да бъдат взети като първоначална основа за заплащането на Land. Остатъкът от 1,5 милиарда DEM служи за гарантиране на дейностите по подпомагане на жилищното строителство на WfA. Една сума от 1,9 милиарда DEM се явява още в баланса, без да бъде призната като отговаряща на собствени фондове, отговарящи на изискванията за ликвидност. Така ако размерът вписан в баланса на WestLB, но който не може да служи за разпространение на дейностите подчинени на конкуренцията се явява в размер на 3,4 милиарда DEM. Въпреки това, дотолкова доколкото тази сума служи за подобряване на имиджа на банката в очите на нейните кредитори той може по икономически да бъде приравнен към гаранция – дори ако е записан в баланса като собствени капитали. Този размер след като е използван за икономическа изгода от страна на WestLB, един оператор работещ в пазарна икономика би могъл да изисква заплащане. Въпреки това то ще бъде по-ниско от заплащането за 2,5 милиарда DEM, които биха могли да разширяват дейността на WestLB подчинена на правилата за конкуренция.

41. На пето място, Комисията подробно обяснява как е изчислила необходимото заплащане за капитала.

В – Анализ относно необходимото заплащане на капитала

42. Първоначално, Комисията твърди, че като има предвид правилата за държавни помощи в Договора ЕО, операцията трябва да се счита като апорт на капитали, а не като гаранция и трябва да се изчислява заплащането на капиталите. Въпреки това с цел да се изчисли подходящото заплащане, Комисията може да приравни част от капиталите като гаранция, дотолкова доколкото тя не може да бъде използвана от WestLB като класически собствени капитали по причина на особеното естество.

43. След това, първо Комисията подчертавайки особеността на интеграцията на WfA в WestLB, която прави трудно сравнението с финансов инструмент съществуващ на пазара, обяснява защо счита сравнението направено от немското правителство с хибридните инструменти приложими към собствените капитали не представлява необходимата основа за изчисление на заплащането подходящо за капитала на WfA, поради особеностите на последната.

44. На второ място, Комисията се позовава на отражението на липсата на ликвидност при изчисляването на заплащането на капитала. На първо време, отпускането на активи на WfA не е дало допълнителна ликвидност на WestLB, дотолкова доколкото прехвърлените активи и всички приходи на WfA е трябвало съгласно закона да бъдат използвани за жилищно строителство. WestLB следователно понася всички разходи по допълнително финансиране до размера на капитала, когато си набавя средства от финансовите пазари, за да разшири предмета си на дейност, която му отваря път към допълнителни собствени капитали. Тези разходи по допълнително финансиране, които не са възникнали в случай на нормален собствен капитал създават задължение да се направи съответната отстъпка за изчисление на подходящото заплащане.

45. Въпреки това за разлика от WestLB и от немското правителство, Комисията счита, че всички лихви по рефинансирането не могат да бъдат взети под внимание. Само нетните разходи могат да бъдат взети под внимание като допълнителни тежести за WestLB, поради особения характер на прехвърления капитал. В общи линии, Комисията признава, че WestLB трябва да понесе „допълнителни ликвидни разходи” в размер на „разходи по рефинансиране след приспадане на данъците”. Комисията приема експертизата на размера на заплащането дадена от немското правителство, което дава 8,26 % като подходящ процент на дългосрочно финансиране. Като се приложи немското данъчно законодателство стигаме до нетен процент от 4,2 % за разходите по рефинансиране.

46. На трето място, Комисията обяснява как е извършвала пресмятане на подходящото заплащане на размера от 2,5 милиарда DEM, отговарящ на увеличението на разполагаемите собствени капитали на WestLB.

47. Тя припомня, че външните експерти упълномощени от Комисията, твърдят, че трябва да се опираме на възвръщаемостта на инвестиция в банковата сфера и съответно да адаптираме към нея характеристиките на операцията. Между впрочем по време на своето проучване, Комисията също така е взела под внимание няколко декларации и проучвания на инвестиционни банки и на консултантски дружества относно реалната възвръщаемост на собствените капитали и инвестиции, по същия начин по който е взела под внимание и становищата на различните страни.

48. Комисията декларира, че на базата на тези информации на своя опит в тази област, на пазарните статистики и на своите предишни решения относно държавните помощи, тя приема минимално заплащане от 12 % след приспадане на данъците на този апорт на капитали към датата на прехвърлянето.

49. За да изчисли подходящото заплащане, Комисията също така е взела под внимание фактът, че един инвеститор работещ в пазарна икономика би изисквал едно увеличение на възвръщаемост съобразена с капиталовия пазар поради особеностите на операцията.

50. Това увеличение се обяснява с три фактора. Първо, обемът на прехвърлените капитали е значителен, влиянието му е било определящо за WestLB в рамките на разпоредбите за ликвидност и тази банка е осъществявала печалби по-ниски от средното за други банки. От друга страна, Land е изложен на по-голям риск в случай на неликвидност на WestLB, поради факта на интегрирането на WfA. От друга страна, Land не е получил право на глас, следствие на това интегриране. Накрая възможността да се приеме подобен риск без влиянието му в рамките на предприятието да бъде засилено един инвеститор работещ в условията на пазарна икономика би поискал за компенсация на това нещо по-високо заплащане. Накрая инвестицията на Land е от естеството на трайна инвестиция с некотирувани акции. Поради особените условия на трансфер на WfA, Land няма възможност да оттегли капитала и по този начин да сложи край на инвестицията си. Следователно Комисията счита, че минималното подходящо увеличение заради особеностите на операцията в случая е 1,5 %.

51. Тя прави заключение, че едно подходящо заплащане на капитала, за който става дума би бил в размер на 9,3 %, или 12 % от нормалната възвръщаемост за инвестиция повече от 1,5 % по отношение на особеностите на операцията, минус 4,2 % за разносните по рефинансиране, които трябва да понесе WestLB, заради липсата на ликвидност на прехвърлените капитали.

52. На четвърто място, Комисията обяснява как е изчислила подходящото възнаграждение на размера от 3,4 милиарда DEM, записан в баланса на WestLB, но който не би могъл да служи за разширяване на дейността в областта на конкуренцията. Тя припомня, че в решението за откриване на процедура предвидена в член 88, параграф 2 ЕО, тя е обявила процент от 0,3 % цитирано от немското правителство като комисионна подходяща за банка, каквато е WestLB. Тя счита, че този размер е по-висок от нормалното покриване на банкови гаранции от този тип и от друга страна, въпреки че банковите гаранции са по принцип придружени с някои операции и ограничени във времето WestLB, за сметка на това разполага със специалните резерви на WfA без ограничения във времето. Според Комисията тези два фактора изискват увеличение на процента на възнаграждение, който би трябвало да бъде от порядъка на 0,5 % и 0,6 %. Дотолкова доколкото гаранционните премии представляват експлоатационни разходи, които се приспадат от облагаемите печалби от една страна, и доколкото заплащането на капитала на WfA е осъществено от Land върху печалбите след приспадането на данъците от друга, този процент изглежда подходящ. Според Комисията заплащане от 0,3 % след приспадане на данъците следователно е подходящ за този тип капитали.

53. На пето място, Комисията счита, че евентуалните икономии, които биха произтекли за Land и за WfA от прехвърлянето на последната и интегрирането в WestLB не могат да бъдат считани за компенсация на апорта на собствени базови фондове към WestLB. Като се има предвид, че тези икономии не намаляват перспективите за използване на трансферираните капитали и не увеличават разходите произтичащи от трансфера на WestLB, те не биха могли да имат никакво значение относно размера на възнаграждението, което един инвеститор работещ в пазарна икономика би поискал от банката за собствения капиталов апорт. За сметка на това Комисията счита, че сумата от 33 милиона DEM изплатена от WestLB през 1992 г. на WfA е част от възнаграждението за трансфера получено от WestLB.

54. Накрая, на базата на направените по-горе изчисления относно капитала, който следва да бъде приет и неговото заплащане, Комисията определя елемента държавна помощ съществуващ във въпросната операция. Тя счита, като съобразно с пазара заплащане от 9,3 % след приспадане на данъците за частта от капитала използвана от WestLB за гарантиране на търговските дейности, а именно 2,5 милиарда DEM в края на 1993 г., и от 0,3 % след приспадане на данъци върху разликата между този размер и собствените фондове от 5,9 милиарда DEM вписани в баланса на WestLB, или 3,4 милиарда DEM в края на 1993 г. Трябва също така според Комисията да вземем под внимание заплащането от 0,6 %, което WestLB изплаща от 1993 г. насам, върху размера който тя може да използва за гарантиране на търговските си дейности. От друга страна Комисията, приема поемането на изплащането на пенсии на

WfA от страна на WestLB, през 1992 г. като допълнително заплащане на Land. Елементът помощ е изчислен като разлика между действително изплатените суми и плащанията съобразени с пазара. Според Комисията общия размер на помощта изчислен по този начин се равнява на 1 579 700 000 DEM от 1992 г. до 1998 г.

55. След като е приключила тези разсъждения относно прилагането на принципи за инвеститор работещ в условията на частна икономика относно въпросната операция, Комисията излага в анализа си други аспекти на тази операция преди да направи крайните си заключения.

56. Що се отнася до данъчните облекчения, с които се ползват дейностите по подпомагане на жилищното строителство „сектор WfA” от WestLB, Комисията отбелязва, че те увеличават печалбите на WfA (или намаляват загубите), от което следва, че нетния капитал би могъл да се увеличи. Така WestLB би могла също така да разполага с по-големи суми, за да гарантира дейностите си в конкурентния сектор. Въпреки това, дотолкова доколкото тази част се увеличава основата приета за изчисляване на възнаграждението, което следва да се плати на Land се увеличава. Комисията стига в тази област до заключението, че ако заплащането е фиксирано на съобразен процент, данъчни облекчения за помощта на жилищното строителство не биха могли по никакъв начин да накърнят конкуренцията в полза на WestLB. Тя припомня, че според изложените по-горе в точки 51 и 52, изчисления, подходящото заплащане се равнява на 9,3 % що се отнася до размера отговарящ на увеличението на собствените разполагаеми капитали на WestLB и 0,3 % относно размера, който е записан в баланса на WestLB, но който не може да служи за дейности подчинени на правилата на конкуренция.

57. Що не отнася до премахването на задължението за гаранция Комисията счита, че то е увеличило стойността на WfA. Въпреки това, тъй като заплащането, което трябва да плати WestLB е било изчислено върху оценката на WfA след това отказване с други думи, след вземането под внимание на това увеличение, отмяната на гаранцията не представлява никакво предимство за WestLB, дотолкова доколкото заплащането отговаря на пазарните условия.

58. Комисията стига до заключение, че на базата на предишната преценка, съвкупността на критериите предвидени в член 87, параграф 1 ЕО са изпълнени и тъй като никакви дерогационни разпоредби не са предвидени в членове 86, параграф 2 ЕО и 87, параграфи 2 и 3 ЕО за настоящия случай помощта не може да се счита за съвместима с Договора.

Процедура и заключение на страните

59. С искиви молби заведени в канцеларията на Съда на 12 октомври 1999 г., ищците са предявили следните искиве.

60. С Определение от 22 август 2000 г. председателят на четвърти разширен състав на Съда, Федерална република Германия е била допусната да се присъедини в подкрепа на ищците и BdV е била допусната в подкрепа на ответниците.

61. Със същото определение съдът е разгледал молба за конфиденциално разглеждане от страна на ищците и е разрешил такова разглеждане по отношение на някои информации съдържащи се в делото. Това определение е било изменено с Определение от 23 октомври 2000 г.

62. С Определение от 11 юли 2001 г. председателя на четвърти разширен състав на Съда, след изслушване на страните събира двете дела за съдебните заседания и решението, съгласно член 50 от Процедурния правилник на Съда.

63. По причина промяната на съставите на Съда след 20 септември 2001 г., съдията докладчик е бил изпратен към втори разширен състав и следователно настоящото дело е било изпратено на същия състав.

64. По доклад на съдията докладчик Съдът (втори разширен състав) е решил да свика съдебно заседание. Ищците, ответникът и Федерална република Германия са отговорили на писмените въпроси зададени от Съда и ищецът е представил исканите документи в рамките на организиране на процедурата.

65. С Определение от 29 май 2002 г., председателя на втори разширен състав на Съда, временно е приел конфиденциалното разглеждане поискано от ищците относно някои елементи фигуриращи в един от документите отбелязани в предишната точка.

66. Пledoариите на страните и техните отговори на въпросите на Съда са били изслушани по време на заседанието от 5 и 6 юни 2002 г.

67. По време на това заседание, след като са били изрично помолени за това, страните не са представили възражения относно молбата на ищците за конфиденциално разглеждане на някои елементи, фигуриращи в един от документите представени от Комисията по молба на Съда. Така следва да потвърдим определението, което временно е придало конфиденциален характер относно тези елементи.

68. WestLB е поискал от Съда да:

- отмени оспорваното решение;
- да отсъди на Комисията разноските.

69. Land иска от Съда:

- да анулира оспорваното решение;
- да осъди Комисията да заплати разноските;
- да осъди VdB да понесе собствените си разноски.

70. Федерална република Германия, встъпила страна, иска да:

- отмени оспорваното решение;
- да осъди Комисията да заплати разноските.

71. Комисията иска от Съда да:

- отхвърли двата иска като неоснователни;
- да осъди ишците да заплатят разноските.

72. VdB, встъпила страна иска от Съда да:

- отхвърли исковете като неоснователни;
- да осъди ишците да заплатят разноските, включително и нейните.

По същество

73. В защита на своя иск WestLB се позовава на пет довода базиращи се на некомпетентността на Комисията явяваща се в оставка, за да приеме оспорваното решение. На нередовния състав на Комисията, на нарушаване на правото на защита, на нарушаване задължението за мотивация и на нарушаване на член 87, параграф 1 ЕО. Land се позовава на четири довода относно некомпетентността и нередовния състав на Комисията на нарушаване правото на защита, на нарушаване на основните форми и на нарушаване на членове 87, параграф 1 ЕО и 295 ЕО.

74. На заседанието, запитани от Съда по този повод ишците са заявили, че се отказват от довода за нередовен състав на Комисията в момента на приемането на оспорваното решение.

75. Съдът ще анализира на първо място, довода основаващ се на некомпетентност на Комисията, на второ място, довода основаващ се на нарушеното право на защита и на трето място довода базиращ се на нарушение на основните форми, що се отнася до претендираното нарушение на правото на Федерална република Германия да бъде изслушана, на претендираните констатация за погрешно приети обстоятелства и претендираното нарушение на правото на неутралитет.

76. На четвърто място, съдът ще разгледа доводът базиращ се на нарушение на членове 87, параграф 1 ЕО и 295 ЕО, що се отнася до тълкуването на понятието държавна помощ, направена от Комисията в оспорваното решение. На последно място съдът ще анализира довода, основаващ се на нарушение на задължението за мотивация заедно с довода относно нарушението на двете посочени по-горе разпоредби що се отнася до приложението от страна на Комисията на принципа на инвеститора опериращ в пазарна икономика (по-нататък „принцип на частния инвеститор”).

I – Относно довода, основаващ се на некомпетентността на Комисията да приеме оспорваното решение

A – Аргументи на страните

77. Ищците поддържат становището, че поради факта на оставката си от 16 март 1999 г., по време на приемане на оспорваното решение, Комисията е била ограничена при изпълнение на задълженията си до движене на текущите и спешни дела. Тъй като това решение не може да бъде включено в тези рамки то следва да бъде анулирано.

78. На първо място, ищците изтъкват, че тъй като юридическите последици на доброволната оставка на всички членове на Комисията не са изрично предвидени в Договора ЕО, следва по аналогия да се прилага член 201, алинея втора, второ изречение ЕО, която представлява единствената разпоредба отнасяща се до колективна оставка на Комисията. Следователно функциите на последната са били ограничени до изпълняване на текущи задължения.

79. Член 215 ЕО не би могъл да се прилага в случая. Оставката на Комисията не е била доброволна, тъй като тя е имала за цел да изпревари сигурното приемане на вот на недоверие от страна на Европейския парламент. Land прибавя, че ако договорът ограничава компетенциите на Комисията до изпълнение на текущите дела в случая на вот на недоверие, то това противоречи на полезния ефект на член 201 ЕО, който позволява на Комисията да се изплъзва от това ограничение, чрез предварителна доброволна оставка. От друга страна, Land счита, че за да се предотврати заобикалянето на член 201 ЕО в случай на доброволна оставка същото ограничение каквото се прилага в случай на приемане на вот на недоверие следва да се прилага.

80. Извън това ограничението на компетенциите на Комисията в оставка до текущите дела може да бъде изведена също така от общия принцип на правото на Общността изведен въз основа на правния ред в държавите-членки. В това отношение Land препраща към становище на юридическата служба на Комисията от 9 януари 1995 г.

81. Ищците поддържат също така становището, че оставката на всичките членове на Комисията не може да се счита като серия индивидуални оставки. Член 215 ЕО се отнася само до оставка на един или няколко членове на Комисията и следователно предполага, че Комисията все още е в състояние да изпълнява задълженията си и да бъде попълнена. Те считат, че да се разглежда колективната оставка на Комисията като съвкупност от индивидуални оставки означава незаконно да се разшири приложното поле на член 215 ЕО и да се ограничат правата на парламента в процедурата по номиниране на нова комисия. Те оспорват фактът, че парламента може да гласува вот на недоверие на Комисията дори след оставка на всичките членове и припомня, че проект за подобен вот е бил отхвърлен като недопустим от председателя на парламента.

82. В допълнение, ищците твърдят, че функциите на ответника също са били ограничени до движене на текущите и спешни дела, тъй като Комисията е била обвързана със собствената си декларация от 17 март 1999 г., а също и със своите правила за действие от 23 март 1999 г. относно дейностите, до които тя е щяла да сведе работата си в следствие оставката. В това отношение WestLB

отбелязва, че съдът често е приемал, че декларацията на Комисията с общ характер имат задължителен елемент по отношение на последната дори да не са приели формата на определен юридически акт предвиден съгласно член 249 ЕО (Решение на Съда от 24 март 1993 г., CIRFS и др./Комисия, С-313/90, Recueil, стр. I-1125, точки 34 - 36; Решение на Съда от 12 декември 1996 г., AUIFFASS и АКТ/Комисия, T-380/94, Recueil, стр. II-2169, точка 57, и от 5 ноември 1997 г., Ducros/Комисия, T-149/95, Recueil, стр. II-2031, точка 61).

83. На второ място, ищите изтъкват, че оспорваното решение е правен прецедент относно държавните помощи и не е нито текущо, нито спешно дело.

84. Те считат, че оспорваното решение надхвърля дейностите по ежедневно управление, включването на WfA във WestLB се отличава от всяка друга мярка способна да бъде определена като държавна помощ поради особената си структура. Още повече за първи път Комисията е приложила принципа на инвеститор, работещ в обичайните условия на пазарна икономика, спрямо стабилно предприятие като е изисквала от нея средна възвръщаемост във въпросния сектор на капиталите привнесени от държавен инвеститор (понататък „средна възвръщаемост“). От друга страна, се касае за процедура изходът от която е определяща за други подобни случаи.

85. Като прибавят, че въпросът да се разбере дали процедурата е открита преди оставката не играе абсолютно никаква роля иначе Комисията би могла да работи по същия начин, както преди оставката си. На аргумента на ответника, според който не е било нужно да се преценяват фактите и новите обстоятелства по време на формалната процедура по изследване, Land отговаря, че напротив, именно по време на тази процедура е станало ясно истинското значение на проучването, което е определящо за решението по приключване на процедурата. И така предвид тези особености, и основното значение на въпросното дело, оспорваното решение относно приключване на процедурата не може да бъде считано като част от обичайните дела извършвани от Комисията.

86. Решението също така не се отнася до спешно дело. Комисията не би могла да действа, за да предотврати допълнителни щети на Общността или на частни лица. Процедурата за държавни помощи не е зависима от никакви срокове. От друга страна, процедурата е била висяща от 1994 г.

87. Land отбелязва, че предишната практика на Комисията по време на преходен период потвърждава убеждението според което Комисията не е била компетентна да приеме оспорваното решение, тъй като не се касае за обикновено текущо дело от ресора на ежедневното управление, и че неговото приемане не е било спешно. Единствено комисия, чийто мандат е бил изтекъл и която е останала в действие до избирането на нова комисия е била Комисията под председателството на г-н J. Delors, който по време на преходния период стриктно се е придържал към принципа да решава единствено въпросите от текущ характер и тези които наистина са спешни. Никакво решение за приключване на процедура разглеждаща държавни помощи не е станала през визирания преходен период.

88. Комисията, поддържана от BdB, отрича факта, че оставката на Комисията под председателството на г-н J. Santer през март 1999 г. е довела юридически до ограничаване на нейните правомощия до заниманието с текущи дела, от друга страна, те поддържат че оспорваното решение е било прието в подобни рамки.

89. Ответникът счита за недопустимо представянето от страна на Land на становището на юридическа служба на Комисията, отбелязано в точка 80 по-горе, с мотива, че това е вътрешен документ, и че е придобит по нередовен начин. Тя също така иска от Съда оттеглянето на този документ от делото T-233/99, съгласно член 64, параграф 4 от Процедурния правилник.

В – Преценка на Съда

90. Първоначално съгласно членове 49 и 64, параграф 4 от Процедурния правилник трябва да анализираме молбата на Комисията относно оттеглянето от делото T-233/99 на мнението на юридическата служба на Комисията, касаеща размера на правомощията на тази институция след изтичане на мандата на членовете.

91. След като въпросния документ е вътрешен документ за Комисията и Land не е в състояние да обясни по какъв начин го е получил редовно трябва да се удовлетвори молбата на ответника (вж., по аналогия, Определение на Съда от 15 октомври 1986 г., LAISA/Съвет, 31/86, не публикувана в Recueil, точка 5, и определението на президента на Първоинстанционния съд от 3 март 1998 г., Carlsen и др./Съвет, T-610/97 R, Recueil, стр. II-485, точки 36 - 41 и 45 - 49).

92. От друга страна, съдът счита, че това становище не представлява решаващ характер за контрол на законността, който общностния съд трябва да извърши (вж. в този смисъл Определение на Съда от 11 декември 1986 г., ICI/Комисия, 212/86, не публикуван в Recueil, точки 5 - 8, и от 20 март 1991 г., Advanced Nuclear Fuels/Комисия, C-308/90, не публикуван в Recueil, точка 12; Решение на Съда от 10 март 1992 г., Hüls/Комисия, T-9/89, Recueil, стр. II-499, точки 85 и 86).

93. Чрез този довод ищците се позовават на нелегитимността на оспорваното решение поради това, че Комисията е била ограничена в осъществяване на своите функции до извършването на текущи и спешни дела, докато оспорваното решение не се отнася до горните.

94. Трябва да разгледаме дали независимо от въпроса дали правомощията на Комисията са били ограничени към момента на приемане на оспорваното решение, дали това решение може да се определи като текущо дело.

95. Ищците изтъкват, че решението се отнася до мярка, която се различава по особената си структура от другите мерки предложени на Комисията, и че за първи път Комисията трябва да прилага принципа за инвеститора работещ в условията на пазарна икономика спрямо стабилно предприятие като изисква от последното средна възвръщаемост. От друга страна, оспорваното решение би имало стойността на прецедент по подобни дела.

96. Първо, трябва да подчертаем, че оспорваното решение не представлява нова политическа инициатива надхвърляща правомощията на комисия ограничена в дейността си до текущите дела.

97. В действителност, трябва да констатираме, че дори настоящото дело да има известни разлики по отношение на тези, които са разглеждани преди от ответника в областта на държавните помощи по отношение на оспорваното решение, Комисията се е ограничила да приложи по настоящото решение юридически режим, установен от правила и принципи безспорни от много време.

98. Подобно приложение прави мисията по надзор дадена на Комисията въз основа на член 211 ЕО включително нейното задължение да се грижи за спазването на член 87, параграф 1 ЕО по начин, по който да осигури държавните помощи или помощите с държавни средства под каквато и да е форма, да не накърняват конкуренцията чрез облагодетелстване на някои предприятия.

99. Подобно задължение се включва в основните задачи на Комисията, които са да осигурява не накърняване на конкуренцията във вътрешния пазар, така както това е предвидено в член 3, параграф 1, буква ж) ЕО.

100. От тук следва, че трябва да се счита оспорваното решение като влизащо в сферата на управление на текущите дела.

101. От друга страна, не може да се претендира, че начинът по който Комисията е приложила правото на Общността отнема на настоящото дело подобен характер.

102. В действителност що се отнася до приложението на принципа на инвеститор, работещ в обичайните условия на пазарна икономика относно стабилни предприятия, трябва да отбележим, че Комисията вече е разглеждала в миналото съвместимостта на някои мерки с този принцип въпреки факта, че предприятието бенефициент на тази мярка е било формирало печалби (Решение 98/365/ЕО на Комисията от 1 октомври 1997 г. относно помощите, които Франция е отпуснала на SFMI-Chronopost, ОВ 1998 г., L 164, стр. 37, точки I.B и II), от друга страна, подобна ориентация е била обявена от Комисията в точки 22 и 23 на своето съобщение от 1993 г. до държавите-членки относно приложението на членове (87) и (88) от Договора (ЕО) и член 5 от Директива 80/723/ЕИО на Комисията спрямо държавните предприятия от манифактурния сектор (ОВ С 307, стр. 3, по-нататък „Решение на Комисията от 1993 г.“, вж. точка 211, по-долу).

103. Що се отнася до изискването относно средната възвръщаемост, трябва да сметнем, че последното представлява просто един аналитичен инструмент за приложение на принципа на инвеститор, работещ в обичайните условия на пазарна икономика (вж. точки 243 - 277, по-долу).

104. При тези условия, фактът че оспорваното решение би могло да има стойност на прецедент за подобни дела не изключва заключението, според което то може да бъде отнесено към текущите дела.

105. Настоящия довод, следователно трябва да бъде отхвърлен, без да бъде необходимо да се произнасяме върху основателността на аргумента, който се отнася до аргумента относно претендираното ограничение на правата на Комисията вследствие оставката.

II – Относно втория довод изведен от нарушенията на правата на защита

A – Аргументи на страните

106. Ищите поддържани от Федерална република Германия, изтъкват че Комисията е нарушила правата на ищите да бъдат изслушани, а също както и на Федерална република Германия като им е отказала достъп до експертизата на First Consulting, а също така и до две писма на BdV от 30 октомври 1998 г. и от 14 януари 1999 г. (по-нататък „две писма на BdV”), и следователно от възможността да представят своето становище относно тези документи, включително и относно експертизата на професор Schulte-Mattler приложена към последното от тези две писма. От друга страна, Land изтъква, че Комисията е приела в решението си процент на възвръщаемост съобразен след приспадане на данъците и следователно по-висок от този, който трябвало да се очаква според жалбата на BdV послужила за основа на спора и според проекторешението за отваряне на процедура за преглед, който отбелязвал процент преди приспадането на данъците. Като Федерална република Германия и Land не са могли да представят своите възражения по своя поглед, било нарушено тяхното право на защита.

107. Що се отнася до доклада на First Consulting, ищите и Федерална република Германия подчертават, че той представлява съществен елемент от мотивацията на оспорваното решение.

108. На първо място, ищите изтъкват, че трябва да бъдат изслушани не само държавите-членки адресати на решението в рамките на процедурата за държавни помощи, но и предприятието, за което се предполага, че се е възползвало от нея (Решение на Съда от 12 февруари 1992 г., Нидерландия/Комисия, C-48/90 и C-66/90, Recueil, стр. I-565, точки 50 и последващи). Тъй като това право е признато относно приложението на член 86 ЕО, с още по-голямо основание то би трябвало да бъде признато в процедурата относно помощите на основание на член 87 ЕО. Те отхвърлят аргумента на Комисията базиращ се на Решението на Съда от 25 юни 1998 г., British Airways и други и British Midland Airways/Комисия (T-371/94 и T-394/94, Recueil, стр. II-2405, точки 57 - 64), защото позоваването на това решение се отнася само до конкурентите, а изключва бенефициентите на помощта.

109. При всички обстоятелства WestLB, подкрепяна от Федерална република Германия поддържа, че тя не е била асоциирана в административната процедура по адекватна степен, предвид обстоятелствата в случая (Решение British Airways и други и British Midland Airways/Комисия, упоменато по-горе,

точка 60, и Решение на Съда от 16 декември 1999 г., *Acciaierie di Bolzano/Комисия*, T-158/96, *Recueil*, стр. II-3927, точка 45). Тя изтъква, че принципите на административната практика на Комисията относно правото на трети лица да бъдат изслушани в рамките на контрола на окрупняванията могат да се приложат по аналогия и в рамките на държавните помощи. Само по този начин би могло да се отговори на изискването формулирано от Съда в решението *British Airways* и други и *British Midland Airways/Комисия*, упоменато по-горе.

110. От друга страна, ищите поддържат, че само Комисията може да реши дали определени документи носят полезна информация на заинтересуваните, но тя трябва да направи достъпни до въпросните предприятия всички документи в тяхна полза или в тяхна вреда събрани по време на изследването с изключение на конфиденциалните документи (Решение на Съда от 17 декември 1991 г., *Hercules Chemicals/Комисия*, T-7/89, *Recueil*, стр. II-1711, точка 54, от 29 юни 1995 г., *Solvay/Комисия*, T-30/91, *Recueil*, стр. II-1775, точка 101, и *ICI/Комисия*, T-36/91, *Recueil*, стр. II-1847, точка 111).

111. Когато става дума за правото да се направят възражения в съответствие с член 20 от Регламент (ЕО) № 659/1999 на Съвета от 22 март 1999 г. въвеждащ подробни правила за прилагането на член 93 от Договора за ЕО (ОВ L 83, стр. 1), *WestLB* счита, че той е сам олицетворение на общия принцип да бъде изслушан, и че този член прилага, без да може да ограничи приложното поле на правото относно държавните помощи.

112. *Land* счита, че може да се позове на нарушение на собственото му право на защита, след като настоящата процедура има за единствен предмет, акт който той е приел и тъй като той е единственият, който е дал помощта, неговата позиция в процедурата се различава от тази на останалите страни.

113. На второ място, що се отнася до приложното поле на правото да бъде изслушан, ищите се позовават на практиката на Съда, за да оспорват преценката, според която правото да бъде изслушан може да бъде полезно и ефективно използвано, когато се отнася до фактите, а не до преценките, които им е дала Комисията (Решение на Съда от 10 юли 1986 г., *Belgique/Комисия*, 234/84, *Recueil*, стр. 2263, точка 27, и *Belgique/Комисия*, 40/85, *Recueil*, стр. 2321, точка 28).

114. Като оспорва аргумента, според който докладът на *First Consulting* не може да бъде съобщен, след като има характер на вътрешен документ, ищите твърдят, че този доклад не може да се побере в подобно определение. *WestLB* привежда в това отношение своята гледна точка предвид съобщението на Комисията относно вътрешните процедурни правила за разглеждане на молбите за достъп до делото в случай на приложение на членове 81 и 82 от Договора за ЕО, на членове 65 и 66 на Договора за ЕОБС и на Регламент (ЕИО) № 4064/89 на Съвета (ОВ 1997 г., С 23, стр. 3) относно контрола на концентрации между предприятия.

115. От друга страна, *WestLB* и Федерална република Германия припомням, че по време на съвещанието от 10 ноември 1998 г., г-н *Martin Power*, директор на

DG IV, е обещал достъп до доклада на First Consulting преди приключване на административната процедура и искат от Съда да изслуша в рамките на съдебното заседание, г-н Peter Fleischer и Gerhard Knoke, които в качеството им на участници в това заседание са били свидетели и могат да потвърдят това пред Съда.

116. Що се отнася до двете писма на BdV, отбелязани в съображения 9 и 10 на Решението, ищците и Федерална република Германия подчертават тяхното значение за приемане на оспорваното решение и упрекват Комисията, че не ги е запознала с тях.

117. Land твърди, че дори вероятността за негативно влияние върху процедурата е достатъчна, за да бъде считано нарушението на правото на защита, за основание за отмяна на решението (Решение на Съда от 14 февруари 1990 г., Франция/Комисия, наречено „Boussac”, C-301/87, Recueil, стр. I-307, точка 31, и заключение на генералния адвокат M. Jacobs под това решение, Recueil, стр. I-328 точка 24). Той счита, че само това тълкуване е съобразено с фундаменталния принцип на правото за защита, съгласно, който всяка заинтересувана страна в процедурата, трябва да бъде изслушана по цялата съвкупност от основни въпроси и трябва да представи своята защита в най-добрите възможни условия.

118. Комисията поддържана от BdV, оспорва аргументацията на ищците и изтъква на първо място, че те нямат право да бъдат изслушвани по време на процедурата относно държавните помощи, второ в случая те са били включени по адекватен начин в процедурата, трето, че евентуалното запознаване с възраженията на ищците или на Федерална република Германия относно доклада на First Consulting и на писмата на BdV не би могла да вземе решение различно от оспорваното.

В – Аргументи на Съда

119. Първоначално, съгласно членове 49 и 65 от Процедурния правилник, трябва да анализираме молбата за изслушване на г-н Peter Fleischer и Gerhard Knoke, в качеството им на участници на съвещанието от 10 ноември 1998 г., като свидетели по отношение на въпроса да се установи дали по време на тази сбирка г-н Martin Power, директор на DG IV, е обещал на ищците и на Федерална република Германия достъп до доклада на First Consulting преди приключване на административната процедура.

120. Съдът, счита че изслушването на тези свидетели няма съществено значение за проверката на законността, която общностния съд трябва да извърши, след като важния въпрос да се разбере дали съществуването на евентуално нарушение на правата на ищците на или на Федерална република Германия не е да се знае, че г-н Martin Power им е обещал достъп до този документ, а да знаем дали Комисията е била задължена да им осигури подобен достъп (вж., по аналогия, упоменатата по-горе в точка 92 съдебна практика).

121. Според добре установена съдебна практика, спазването на правата на защита във всяка открита процедура спрямо някое лице, което може да доведе

до акт в негова вреда представлява фундаментален принцип на правото на Общността и трябва да бъде осигурявана при липсата на специфична аргументация. Този принцип изисква, че засегнатото лице получи възможност още при фазата на административната процедура ефективно да изложи своята гледна точка върху реалността и значимостта на фактите, нарушенията и обстоятелствата взети в предвид от Комисията (Решение на Съда от 30 март 2000 г., *Kish Glass/Комисия*, T-65/96, *Recueil*, стр. II-1885, точка 32).

122. Но административната процедура в областта на държавните помощи е открита само за засегнатата държава-членка. Предприятията бенефициенти на помощите и териториалните единици влизащи в състава на държавите даващи помощи, така както е в случая с ищите, тъй както и конкурентите на бенефициентите на помощта се считат единствено за „заинтересовани” в тази процедура (вж. в този смисъл Решение *Acciaierie di Bolzano/Комисия*, упоменато по-горе, точка 42).

123. От друга страна, съгласно трайната практика на Съда, по време на проверката на основание на член 88, параграф 2 ЕО, Комисията е задължена да запознае заинтересованите с възможността им да представят своите възражения (Решения на Съда от 19 май 1993 г., *Cook/Комисия*, C-198/91, *Recueil*, стр. I-2487, точка 22; от 15 юни 1993 г., *Matra/Комисия*, C-225/91, *Recueil*, стр. I-3203, точка 16, и от 2 април 1998 г., *Комисия/Sytraval и Brink's France*, C-367/95 P, *Recueil*, стр. I-1719, точка 59).

124. Що се отнася до това задължение, Съдът е преценил, че публикуването на съобщение в официален вестник представлява адекватно средство с цел да се запознаят всички заинтересовани с откриването на процедурата (Решение на Съда от 14 ноември 1984 г., *Intermills/Комисия*, 323/82, *Recueil*, стр. 3809, точка 17), въпреки, че уточнява, че „това съобщение цели единствено да получи от страна на заинтересованите цялата информация предназначена за Комисията относно бъдещото действие” (Решения на Съда от 12 юли 1973 г., *Комисия/Германия*, 70/72, *Recueil*, стр. 813, точка 19, и на Съда от 22 октомври 1996 г., *Skibsværftsforeningen и др./Комисия*, T-266/94, *Recueil*, стр. II-1399, точка 256).

125. Тази съдебна практика дава преимущество на заинтересованите в качеството на източник на информация за Комисията в рамките на административната процедура започнала на основание на член 88, параграф 2 ЕО. От тук следва, че заинтересованите, без да могат да се позовават на правото на защита признато за лицата спрямо които процедурата е отворена, разполагат с единственото право да бъдат асоциирани към административната процедура в адекватна степен, като се имат предвид обстоятелствата в случая (Решения *British Airways* и други и *British Midland Airways/Комисия*, упоменато по-горе, точки 59 и 60).

126. В случая, ищите изтъкват, че Комисията е нарушила правото им да бъдат изслушани, както и това на Федерална република Германия от една страна, като им е отказала достъп до доклада на *First Consulting*, и до двете писма на *BdB*, както и до експертизата на професор *Schulte-Mattler*, приложена към тези писма и от друга страна, на основание на факта, че тя е приела своето решение на

възвръщаемост след приспадане на данъка, нещо което преди това не е било упоменато.

127. Що се отнася до ищите, трябва да отбележим, че въпреки ограничения характер на правата за участие и упоменатата по-горе информация те все пак са имали възможност сериозно да изразят своята гледна точка върху реалността и значимостта на фактите, нарушенията и обстоятелствата, изтъквани от Комисията по повод оспорваната операция.

128. В действителност елементите на разположение на Съда относно директното и не директно участие на ищите в административната процедура, ясно показват, че те са имали възможност да изложат своето мнение относно фактите и нарушенията, взети под внимание от Комисията в оспорваното решение.

129. В това отношение трябва да отбележим в частност, че ищите са имали възможност от една страна, да дискутират различни аспекти на делото по време на срещите с представители на Комисията и от друга страна, да представят на ответника документи разясняващи тяхната позиция. Например що се отнася до подобаващото заплащане на оспорваната операция WestLB е предоставила на Комисията, експертиза на една инвестиционна банка, която тя е натоварила да оцени това заплащане. В този контекст на още по-голямо основание ищите не могат да се позовават на отказа на достъп до документите, за които става дума или до избора на процент възвръщаемост, който е приет. Тези неща не са им попречили да се присъединят към административната процедура при обстоятелства и по начин, по който е изложен в случая.

130. Тази констатация се потвърждава от факта, че оспорваното решение анализира и често се позовава на аргументите на ищите. Също така е потвърдено от факта, че както ще бъде отбелязано по-долу правото на Федерална република Германия да бъде изслушана не е било нарушено в дадения случай.

131. При тези условия настоящият довод трябва да се отхвърли що се отнася до претендираното нарушение на правото на ищите да бъдат изслушани.

132. Въпреки това, трябва да припомним, че ограничения характер на правата на заинтересованите не накърнява задължението, което се пада на Комисията на основание на член 253 ЕО, да мотивира по достатъчен начин крайното си решение (Решение British Airways и други и British Midland Airways/Комисия, упоменато по-горе, точки 64 и 94).

133. Що се отнася до Федерална република Германия нарушението базиращо се на нарушението на правото да бъде изслушана ще бъде разгледано по-долу в рамките на анализа на спазването от страна на Комисията на основните формалности.

III – Относно третия довод, базиращ се на нарушаване на основните формалности

134. Ищците изтъкват, че оспорваното решение е опорочено поради неспазването на основните формалности по смисъла на член 230, алинея втора ЕО. В това отношение съдът ще разгледа три аспекта. Първият, е относно правото на Федерална република Германия да бъде изслушана, вторият, се отнася до претендираните неправилни констатации на фактическите обстоятелства и третият е относно предполагаемото нарушение на принципа за неутралност.

А – Първи аспект: Право на Федерална република Германия да бъде изслушана

1. Аргументи на страните

135. Ищците и Федерална република Германия поддържат, че правото на последната да бъде изслушана е било нарушено с това, че е отказан достъп до доклада на First Consulting и до писмата на BdV. В това отношение страните изказват аргументи изложени по-горе в точки 106, 107, 110, 113, 114, 116 и 117. WestLB твърди, че отказът за достъп до доклада на First Consulting противоречи на член 6, параграф 2 от Регламент № 659/1999, който предвижда, че обясненията за заинтересованите страни, които Комисията получава в следствие публикуване на решението за откриване на процедура в официален вестник се съобщават на заинтересованата държава-членка. Тази разпоредба трябва да се тълкува в смисъл, че държавата-членка трябва да бъде в състояние да изрази своята гледна точка върху всички съществени елементи, за да може крайното решение да бъде прието. WestLB счита че като бенефициент на помощта тя разполага със собствено право и Комисията следва да спазва процедурата предвидена в Регламент № 659/1999, тъй като правилното развитие на процедурата относно правото на помощи отговаря също така на интереса на засегнатото предприятие. Не би могло да се изключи, че на базата на становищата изразени от федералното правителство, Комисията е признала своите грешки, които биха довели до приемане на решение различно от това, което в крайна сметка е било прието.

136. Федерална република Германия поддържа, че правото да бъде изслушана трябва да се разгледа в рамките на настоящата процедура пред Съда, като се позовава на Определение на Съда от 8 февруари 2000 г., Германия/Комисия (С-376/99, не публикувано в сборника), който на основание на член 47, алинея трета от статута на Съда, е прекратил процедурата относно иска, който е предявила пред Съда срещу оспорваното решение. Тя счита, че само при това условие настоящата процедура би повдигнала същите въпроси относно тълкуването, по смисъла на тази разпоредба, както процедурата пред Съда.

137. Комисията, поддържана от BdV, твърди, че ищецът не може да се позовава на нарушение на процесуалните си права, и че изключението направено от Съда в Решението си от 19 юни 1997 г., Air Inter/Комисия (по дело T-260/94, Recueil, стр. II-997), се отнася до нарушение на задължителните форми и не е приложимо в случая, тъй като подобно нарушение не може да бъде проверено.

138. От друга страна, Комисията оспорва факта, че Германия може да претендира по настоящата процедура за правото да бъде изслушана като се позовава по този повод на член 37, четвърта алинея от статута на Съда, член

116, параграф 3 от Процедурния правилник на Съда, Решение на Съда от 8 юли 1999 г., *Chemie Linz/Комисия* (по дело C-245/92 P, *Recueil*, стр. I-4643), и определението на председателя на Съда от 18 ноември 1999 г., *Pfizer Animal Health/Съвет* (по дело C-329/99 P(R), *Recueil*, стр. I-8343).

2. Преценка на Съда

139. Първоначално, съдът ще разгледа въпроса относно съществуването на право на ищците и на Федерална република Германия да се позовават в рамките на настоящата процедура пред Съда от правото на тази страна да бъде изслушана.

140. От друга страна, що се отнася до правото на ищците да се позовават на правото на Федерална република Германия да бъде изслушана, трябва да припомним, че административната процедура за преглед на държавните помощи е открита само за засегнатата държава-членка, и че решенията приети от Комисията след подобна процедура са предназначени за засегнатите държави-членки (Решение Комисия/*Sytraval* и *Brink's France*, упоменато по-горе, точка 45). От друга страна, съгласно член 88, параграф 2 ЕО, засегнатата държава-членка е отговорна за изпълнението на евентуалното решение на Комисията за премахване или промяна на въпросната държавна помощ.

141. При тези условия, като се има предвид централната роля на засегнатата държава-членка в тази процедура, трябва да приемем, че изслушването на тази държава-членка в същата процедура представлява съществена формалност, чието неспазване води до нищожността на решенията на Комисията, които разпореждат премахването или промяната на една помощ (вж., по аналогия, Решения на Съда от 7 май 1991 г., *Interhotel/Комисия*, по дело C-291/89, *Recueil*, стр. I-2257, точка 17; *Oliveira/Комисия*, по дело C-304/89, *Recueil*, стр. I-2283, точка 21, и *Air Inter/Комисия*, упоменато по-горе, точка 80).

142. Следователно, предприятието бенефициент на помощта, както и териториалната единица влизаща в състава на държавата, която я е отпуснала имат законен интерес да се позовават на подобен порок на решението, след като неспазването на правото на държавата-членка да бъде изслушана може да има отражение върху законността на атакувания акт (вж., по аналогия, Решение *Oliveira/Комисия*, упоменато по-горе, точка 17).

143. Във всички случаи трябва да припомним, че тъй както е видно от практиката на Съда, общностния съд може служебно да прецени нарушението на основните форми (Решения на Съда от 21 декември 1954 г., *Франция/Haute Autorité*, 1/54, *Recueil*, стр. 7; *Италия/Haute Autorité*, 2/54, *Recueil*, стр. 73; от 20 март 1959 г., *Nold/Haute Autorité*, 18/57, *Recueil*, стр. 89; *Interhotel/Комисия*, упоменато по-горе, точка 14, и *Oliveira/Комисия*, упоменато по-горе, точка 18).

144. От друга страна, що се отнася до възможността за Федерална република Германия да се позове в случая на собственото си право да бъде изслушана, трябва да констатираме, че не съществува разпоредба от правото на Общността или съдебен прецедент, който да изключва тази възможност.

145. За сметка на това от трайната практика на Съда е видно, че член 37, четвърта алинея от статута на Съда не се противопоставя на това някой от встъпилите да представят различни аргументи от тези на страната, която поддържа стига да цели подкрепа на изводите на тази страна (Решения на Съда от 23 февруари 1961 г., *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Haute Autorité*, 30/59, *Recueil*, стр. 1; от 19 ноември 1998 г., Обединено кралство/Съвет, по дело C-150/94, *Recueil*, стр. I-7235, точка 36, и от 8 юли 1999 г., *ICI/Комисия*, по дело C-200/92 P, *Recueil*, стр. I-4399, точки 31 - 33, 37 и 38). Но в случая е ясно, че Федерална република Германия не представя различни заключения от тези на ищите от друга страна, що се отнася до упоменатия въпрос ищите и Федерална република Германия представят едни и същи аргументи, а именно, че правото на последната да бъде изслушана е било нарушено.

146. Аргументите на ответника в това отношение не могат да бъдат взети под внимание. Освен член 37, алинея четвърт от статута на Съда, вече упоменат, член 116, параграф 3 от Процедурния правилник на Съда се ограничава да разпорежи, че „присъединилата се страна приема спора в състоянието, в което се намира по време на присъединяването му”. Още повече, както е видно от Решението *Chemie Linz/Комисия*, упоменато по-горе, според трайната съдебна практика присъединилите се могат да поддържат заключенията на един ищец дори с различни аргументи, но не могат да представят заключенията, които не кореспондират със заключенията на ищите (вж., също така, Решение от 8 юли 1999 г., *ICI/Комисия*, упоменато по-горе, точки 22 - 33). И накрая, Определението *Pfizer Animal Health/Съвет*, упоменати по-горе (точки 92 - 97), се ограничава с декларацията, че в рамките на молба за спиране изпълнението на даден акт, присъединилия се може да изтъква своите интереси, но не може да разширява предмета на спора като се позовава на право на временна съдебна мярка в своя полза.

147. Трябва да признаем на ищите и на Федерална република Германия правото да се позовават в настоящата процедура на нарушение на правото на тази държава-членка да бъде изслушана, което представлява нарушение на основна форма на спорната административна процедура.

148. Когато става дума за значението на настоящото нарушение трябва да приемем, че така както беше отбелязано в точка 121 по-горе, спазването на правата на защита във всяка процедура срещу дадено лице е способна да доведе до акт, който доказва някакво негово нарушение, представлява фундаментален принцип на правото на Общността и трябва да бъде спазван при липсата на специфична регулация. Този принцип изисква, че лицето срещу което Комисията е започнала административна процедура да бъде в състояние по време на тази процедура да изкаже своето мнение относно действителността и значението на фактите, нарушенията и обстоятелствата приети от Комисията.

149. В случая, ищите и Федерална република Германия изтъкват, че Комисията е нарушила правото на тази страна да бъде изслушана, от една страна, като е отказала на немското правителство достъпа до доклада на *First Consulting*, и на двете писма на *BdB*, както и на експертизата на професор *Schulte-Mattler*, приложена към едно от тези две писма, и от друга страна, на

основание на факта, че е приела в своето решение един процент на възвръщаемост след приспадане на данъка и следователно по-висок от този който би се очаквал да бъде приет след жалбата на BdV, която е в основата на процедурата и според проекта за решение за откриване на формална процедура по проучване, в която е отбелязан процент преди приспадането на данъка.

150. Трябва следователно да приемем, че ако отказът на достъп на Федерална република Германия до тези документи и избора на процент на възвръщаемост след приспадане на данъците са възпрепятствали Федерална република Германия да изрази по подобаващ начин своята гледна точка относно съществуването, значението на фактите, нарушенията и обстоятелствата приети от Комисията в подкрепа на решението, що се отнася до нарушение на правото на Общността, констатирано в оспорваното решение.

151. Що се отнася до упоменатите по-горе документи, трябва да констатираме, че докладът на First Consulting е бил изработен почти накрая на административната процедура. В него се съдържа резюме и коментира на позициите на различните страни в тази процедура по няколко основни точки. Комисията се е отклонила от гледната точка в този доклад. Писмото на BdV от 30 октомври 1998 г. отговаря за въпроси зададени от Комисията по време на двустранната среща с BdV, която се е състояла на 16 септември 1998 г. и взема становище върху някои аспекти на експертния доклад даден от WestLB.

152. С писмо на BdV от 14 януари 1999 г. се поставя отново един въпрос дискутиран по време на многостранната експертна среща от 10 ноември 1998 г., като представя в това отношение доклада на професор Schulte-Mattler, приложен към това писмо. Същото писмо съвсем кратко набляга на някои точки от анализа на оспорваната операция и повтаря молбата, според която процедурата трябва да бъде завършена с решение. Докладът на професор Schulte-Mattler разглежда въпроса относно възвръщаемостта на собствените капитали в рамките на анализа на оспорваната операция.

153. Значимостта на достъпа до този документ трябва да се разгледа в контекста на цялата административна процедура (вж. описание на тази процедура точки 23 и 25 - 28 по-горе). Но, дори преди откриване на процедурата предвидена в член 88, параграф 2 ЕО, ответникът е искал от немските власти да му дадат информация и неговите представители са се срещали на няколко пъти с представители на немските власти. От друга страна, решението за процедура е изложило детайлно временния анализ направен от Комисията на оспорваната операция, включително що се отнася до подходящото заплащане за капиталите идващи от WfA, и е направен извода, но не окончателно, че операцията съдържала „вероятно някои елементи на държавна помощ по смисъла на член (87), параграф 1, (ЕО)” (Решение за отваряне на процедура, точка 11). След отварянето на тази процедура, Комисията е предала на немското правителство забележките на заинтересованите, на които те са били представители. Немските власти, също са били поканени и те са представили на многостранна среща състояла се на 10 ноември 1998 г., за да обсъдят различните аспекти на спорната операция. В последствие Комисията още е поискала и е получила допълнителни информации от немското правителство.

154. Тази съвкупност от контакти между немските власти и Комисията се отнася до няколко аспекта на спорната операция, включително и тези отнасящи се до въпросите, за които описаните документи в точки 151 и 152, по-горе, преимуществено се отнасят. Тази констатация се потвърждава от подробния анализ направен в оспорваното решение на позициите на немското правителство, включително що се отнася до тези въпроси.

155. Що се отнася до използването в оспорваното решение на процент възвръщаемост след приспадане на данъците, трябва да подчертаем първоначално, че решението за откриване на процедурата отбелязва възвръщаемост след приспадане на данъците и обяснява чрез позоваване на този тип възвръщаемост, че е „било много съмнително един инвеститор, работещ в условията на пазарна икономика, ако гледаме възвръщаемостта, която нормално чака от една инвестиция да приеме заплащане фиксирано на 0,6 % за капиталите привнесени от WestLb”, като се отбелязва, че „дори без да се фиксира на този стадий, окончателен критерий за сравнение може да смята, че тази стойност е много по-ниска от тази, която би се изисквала от един инвеститор работещ в пазарни условия за аналогична инвестиция”. (точка 7.2).

156. От друга страна, така както Комисията правилно отбелязва, нито жалбата на VdB, нито проекта за решение за откриване на формална процедура за проучване не съставляват актове, способни да породят очаквания с отражение в юридически план и които Комисията следва да вземе под внимание при изработване на окончателното си решение. Накрая Федерална република Германия, действително е могла да представи своите заключения относно одобрената възвръщаемост в оспорената операция и тя не може да се позовава на нарушение на правото да бъде изслушана, базирайки се единствено върху факта, че тя не е знаела преди приемане на оспорваното решение вида процент на възвръщаемост, който това решение е използвало.

157. Не може също така да се счита, че член 6, параграф 2 от Регламент № 659/1999 е бил нарушен, дотолкова доколкото забележките на заинтересованите страни и на ответника са били получени, вследствие публикуването на официален вестник за откриване на процедурата и те действително са били съобщени от Комисията на немското правителство, както и документите отбелязани от ищеца в подкрепа на своите обвинения са били представени на Комисията в една по-късна фаза на административната процедура. От друга страна, тези документи в основни линии не представляват нищо повече от развитие и не носят нищо повече от уточнения по отношение на позициите вече заети от страните в административната процедура, така както те са били изложени в точки 151 и 152, по-горе.

158. От всичко, което е казано по-горе, следва че Федерална република Германия е имала възможност да покаже по подобаващ начин, своята гледна точка по отношение съществуването и значението на фактите, нарушенията и обстоятелствата приети от Комисията в подкрепа на заключението що се отнася до нарушението на правото на Общността установено в оспорваното решение.

159. От тук следва, че оспорваното решение не е незаконно поради нарушение на някоя основна формалност, произтичаща от непознаването на правото на

Федерална република Германия да бъде изслушана. Нарушенията на които се позовават ищците и Федерална република Германия в това отношение не следва да се вземат под внимание.

В – Втори аспект: Неправилни констатации на фактическите обстоятелства

1. Аргументи на страните

160. Land изтъква, че в някои отношения описанието на фактите направено от Комисията в оспорваното решение е неточно и погрешно. Той счита на първо място, че твърденията на Комисията в съображения 13 и последващи на оспорваното решение са неточни, що се отнася до структурата на немската банкова система, до задачите и функциите на WestLB, а също така и до задачите в областта на публичното право, които тя трябва да изпълнява. На второ място Land поддържа, че в оспорваното решение съществуват неточни констатации на фактическото положение, чиято роля е определяща при грешната преценка извършена по настоящото дело. Той констатира, че WestLB е предприятие, което се нуждае от мерки за оздравяване, и че апортът на WfA на WestLB е бил непреодолим, и че трансферът на имуществото на WfA е било единственият начин за WestLB да отговори на новите изисквания по отношение на гаранциите, без да намали своите активи предназначени за посрещане на рисковете.

161. Комисията оспорва аргумента, според който вземането под внимание в оспорваното решение на елементи отбелязани от Land би довело до юридическа преценка различна от тази съдържаща се в решението. Когато става дума до претендираните погрешни констатирани фактически обстоятелства, ответникът оспорва да е твърдял в оспорваното решение, че случая с WestLB представлява случай на оздравяване. Тя обяснява защо е законно да се твърди, че Land губи поне частично от правото си да разполага с активите на WfA и продължава да твърди, че WestLB не е имала друга възможност освен интеграция на активите на WfA, за да отговори на новите критерии за ликвидност, без да намали активите си предназначени да посрещнат рисковете.

2. Преценка на Съда

162. Дотолкова доколкото в рамките на упрека за погрешна мотивация, трябва да припомним, че от съдебната практика на Съда е видно, че дори един абзац на един оспорван акт да отбелязва погрешно прието фактическо обстоятелство, този формален порок не би могъл да доведе до отмяна на този акт, ако другите съображения дават достатъчна мотивация сама по себе си. (Решения на Съда от 20 октомври 1987 г., *Espagne/Съвет и Комисия*, 119/86, *Recueil*, стр. 4121, точка 51, и на Съда от 21 януари 1999 г., *Neue Maxhütte Stahlwerke и Lech-Stahlwerke/Комисия*, по съединени дела T-129/95, T-2/96 и T-97/96, *Recueil*, стр. II-17, точка 160). Но, въпросът за мотивацията на оспорваното решение ще бъде разгледан по-нататък, в рамките на разглеждане на пети довод.

163. От друга страна, дотолкова доколкото в рамките на представянето на нарушението фактите доказващи в случая приложението на принципа на

инвеститора, работещ в пазарна икономика е бил критикуван, трябва да подчертаем от една страна, че Land не е доказал в каква степен претендираното погрешно представяне на фактите от страна на Комисията би довело ответника до неправилна юридическа или икономическа оценка на оспорваната операция и от друга страна, този въпрос се отнася до задълбочения анализ на настоящото дело, който се прави по-нататък в рамките на разглеждането на шестия довод (вж., в частност, точки 336, 350 и 351, 405 и 419 по-нататък).

С – Трети аспект: Нарушение на принципа за неутралност

1. Аргументи на страните

164. Land поддържа становището, че Комисията е нарушила задължението си за непристрастност като е дала предимство на VdB по време на процедурата и е описала по тенденциозен начин фактическите обстоятелства. Комисията е нарушила своето задължение за непристрастност като е поискала единствено от VdB, освен молбата му до немските власти да предостави документи, а след това е отказала да предаде тези документи получени от VdB на другите заинтересовани. Относно тенденциозното представяне на фактическите обстоятелства той оспорва включително обединяването на WestLB с независима търговска банка, което произтича от оспорваното решение.

2. Преценка на Съда

165. Що се отнася до предполагаемото тенденциозно описание на фактическите обстоятелства, това нарушение се свежда до погрешните констатации свързани с фактическите обстоятелства, което беше вече анализирано в рамките на втория аспект на настоящия довод.

166. Що се отнася до позоваването на факта, че Комисията не е разпространила някои документи на VdB, това нарушение се свежда до аргумента относно нарушението на правото на защита вече анализирано и отхвърлено по-горе или това относно задължението за мотивация, на което ще се спрем по-късно в рамките на пети довод.

167. Що се отнася до задължението за непристрастност, наистина задължение за цялостно и непристрастно разглеждане на делото е наложено на Комисията, включително в рамките на член 88 ЕО. Това задължение намира своето отражение в правото на добра администрация, което е част от общите принципи на правото и на конституционните традиции на държавите-членки (в този смисъл, Решение на Съда от 30 януари 2002 г., *max.mobil/Комисия*, по дело T-54/99, *Rescueil*, стр. II-313, точки 48 и 49, и упоменатата съдебна практика).

168. Но в случая аргумента базиращ се на нарушение на задължението за непристрастност не би могъл да бъде приет. В действителност Комисията не е облагодетелствала VdB по време на административната процедура. От друга страна, тя е поискала на няколко пъти информации от Федерална република Германия и от друга страна, ищите не са попречили да се дават документи и информации като напротив те са представени и са излагали своите позиции. От

друга страна, административната процедура относно държавните помощи не е била противоречива процедура що се отнася до ищците.

169. Предвид изложеното до тук, първи и трети аспект на настоящия довод трябва да бъдат отхвърлени. Втория аспект ще бъде анализиран по-нататък при разглеждането на пети и шести доводи.

IV – Относно четвъртия довод, базиращ се на нарушение на членове 87, параграф 1 ЕО и 295 ЕО, що се отнася тълкуването на понятието държавна помощ

170. Ищците изтъкват, че оспорваното решение нарушава членове 87, параграф 1 ЕО и 295 ЕО, дотолкова доколкото в него се прави неточно тълкувание на понятието държавна помощ.

171. В рамките на първия аспект на този довод Land поддържа, че спорната операция не представлява помощ отпусната с държавни средства по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО. В рамките на втория аспект, ищците обвиняват Комисията, че е разширила понятието държавна помощ като е приложила принципа на инвеститора работещ в условията на пазарна икономика към едно рентабилно предприятие и като е приложила този принцип по начин да изисква поне средна рентабилност във въпросния сектор относно капиталите внесени от държавния инвеститор.

A – Първи аспект: съществуването на държавни средства

1. Аргументи на страните

172. Land твърди, че спорната операция не представлява помощ дадена с държавни средства по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО. Той поддържа, че несъществуват държавни средства, когато последния, без да излиза от своята роля на собственик и предприемач реализира капиталов апорт в едно предприятие, което трайно носи печалба и с цел изключително продължаване на предприемаческата дейност. Той твърди, че операцията е осъществена, защото според гледната му точка на предприемач, тя би довела до използване на имуществото на WfA по изгоден от икономическа гледна точка начин.

173. За Land доказването на съществуването на помощ отпусната с държавни средства трябва да предшества въпроса дали тази мярка трябва да доведе до съответно заплащане.

174. Land, поддържан от Федерална република Германия е изтъкнал, че не можем да преценим дали един капиталов апорт представлява помощ посредством държавни средства само ако сравняваме операциите осъществени от един инвеститор при нормални пазарни условия и следователно единствено приемайки гледната точка на последния. В решението си Комисията обаче се е задоволила да констатира, че предприятието е било облагодетелствано като е изисквало по неправилен начин капиталовия апорт направен върху състоянието на предприятието от страна на държавните органи да бъде въпреки това придружен с насрещна престация.

175. В това отношение Land, поддържа че идеята на Комисията според която трябва да се осигури подходящо заплащане е чужда на самата същност на капиталовия апорт, базиращ се върху оценка на предприятието. При този апорт не съществува подобна връзка и „заплащане” по твърд начин. Инвеститорът разчита само на факта, че предприятието бенефициент ще реализира печалби върху капиталите си, които тогава ще се върнат на инвеститора. Междувременно увеличението на стойността на предприятието би представлявала основна част от възвръщаемостта, която ще бъде получена от инвеститора за неговия капиталов апорт. Фактът, че ресурсите са изложени на известен риск, и че това заплащане не може да бъде гарантирано, характеризира именно капиталовия апорт базиращ се на оценка на предприятието.

176. Комисията отговаря, че държавните ресурси си остават държавни ресурси, дори да са използвани в рамките на „стопанска дейност” осъществявана от държавата. Ако апортът на държавни ресурси не представлява помощ, то не е защото този апорт се прави в рамките на стопанска дейност осъществена от държавата, а само защото последната си осигурява подобаващо заплащане на този апорт. Би следвало в този аспект да се контролира дали държавата, когато включва финансови ресурси действия, както би действал частния предприемач в сходна ситуация.

177. Комисията поддържа, че нейния подход, за да се определи съществуването на държавна помощ не изключва перспективата на инвеститор в условията на пазарна икономика, въпреки гледните точки на предприятието бенефициент и на конкурентите, които също така са били взети под внимание. От друга страна, противно на това, което Land и Федерална република Германия поддържат тази позиция не би била против собствената си практика в областта на решенията, нито против съдебната практика (Решение на Съда от 14 декември 2000 г., Ufex и др./Комисия, по дело T-613/97, Recueil, стр. II-4055, точка 69).

2. Преценка на Съда

178. Първоначално трябва да припомним, че член 87, параграф 1 ЕО декларира за несъвместими с общия пазар, мерките които накърняват обмена между държавите-членки, помощите отпускани от държавите или посредством държавни ресурси под каквато и форма да са, които накърняват или застрашават конкуренцията като фаворизират някои предприятия, или някои производства.

179. За да могат предимствата да бъдат квалифицирани като помощи по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО, те трябва от една страна да бъдат директно или индиректно съгласувани посредством държавни средства и от друга страна, отговорността за тях да носи държавата (Решение на Съда от 16 май 2002 г., Франция/Комисия, по дело C-482/99, Recueil, стр. I-4397, точка 24, и упоменатата съдебна практика).

180. Въпреки това тази разпоредба не прави разлика между държавните намеси според техните причини и техните цели, а ги дефинира само съобразно техните въздействия (вж. Решение на Съда от 26 септември 1996, Франция/Комисия, по

дело C-241/94, Recueil, стр. I-4551, точки 19 и 20). Понятието помощ представлява също така едно обективно понятие, което е функция на въпроса дали една държавна мярка дава или не предимство на някои предприятия (Решение на Съда от 27 януари 1998 г., Ladbroke Racing/Комисия, по дело T-67/94, Recueil, стр. II-1, точка 52, и от 10 май 2000 г., SIC/Комисия, по дело T-46/97, Recueil, стр. II-2125, точка 83).

181. Но аргумента на Land води до това, да се претендира, че ако държавните средства са използвани по разумен икономически начин тези средства вече нямат характер на държавни средства. Въпреки това така както Комисията е преценила средствата не престават да бъдат такива поради простия факт, че те са използвани, както би ги използвал един частен инвеститор. В действителност въпросът да знаем дали държавата се е държала като инвеститор се отнася до определяне на съществуването на държавна помощ, а не до определяне на характера държавен или не на въпросните средства.

182. В случая е видно, че WfA е държавна организация получила държавни средства и социални дялове на които Land е единствен държател. Капиталът и е бил включен в капитала на WestLB чрез закон приет от парламента на Land. При тези обстоятелства спорната операция включва предоставянето на държавни средства.

183. Следователно настоящия аспект на четвъртия довод трябва да бъде отхвърлен.

В – Втори аспект: незаконно разширяване на понятието държавна помощ

184. Ищите упрекат Комисията, че е разширила по незаконен начин държавна помощ първо в нарушение на член 295 ЕО, второ, с това, че тя приема принципа на инвеститор, работещ в обичайните условия на пазарна икономика спрямо рентабилно предприятие и трето, дотолкова доколкото тълкува принципа по начин да изисква поне средна възвръщаемост във въпросния сектор на капиталите апортирани от държавния инвеститор.

1. Нарушение на член 295 ЕО

а) Аргументи на страните

185. Ищите изтъкват, че член 295 ЕО представлява рестрикция на компетенцията на държавите-членки и трябва да бъде съчетан с правото на конкуренция в Общността и правомощията на държавите-членки по автономен начин да определят своите режими на собственост. Ако свободата на държавите-членки произхождаща от член 295 ЕО не може да служи за избягване на други задължения от Договора ЕО, разпоредбите на Договора за ЕО не могат да се тълкуват толкова разширително, че приложното поле на защитата на член 295 ЕО да бъде стеснено дотолкова, че държавите-членки да не разполагат практически с никаква свобода на действие при ръководене на държавните си предприятия или при запазване на участието, които държат в последните. Тази разпоредба следователно предполага точни граници на понятието държавна помощ по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО.

186. Land подчертава невъзможността да се направи подобно разграничение между приложните полета държавни и частни на държавните предприятия и изтъква, че също така на основание на член 295 ЕО, в качеството си на инвеститор или предприемач държавата може да се ръководи от съображения различни от чисто стопанските, включително от стратегически съображения или от дългосрочни такива като засилване или разширяване на участие и осъществяване на бъдещи проекти.

187. Комисията счита, че отношението между член 295 ЕО и режим в Общността на държавните помощи се регулира от член 86 ЕО. В най-общ смисъл актовете на държавата, които са защитени от член 295 ЕО не могат да бъдат извадени от приложното поле на член 87 ЕО единствено с изключение на условията предвидени в член 86, параграф 2 ЕО. Ако тези условия не са изпълнени приложението на правилата относно държавните помощи не би довело до никаква намеса в основното съдържание на член 295 ЕО, тъй като приложението на тези правила не пречи на държавите да управляват държавни предприятия или да участват в подобни предприятия.

188. За Комисията фактът, че едно държавно предприятие изпълнява също така и обществени функции не може да се смята за особено при изчисляване на необходимото заплащане на инвестицията, защото осъществяването на тези обществени функции е защитено по достатъчен начин от член 86, параграф 2 ЕО.

189. Що се отнася до търговските съображения, които оправдават една държавна финансова мярка като съображенията от стратегически или дългосрочен характер те не биха получили специална защита на основание на член 295 ЕО. Те представляват единствено елементи, които да бъдат взет под внимание, за да се определи дали капиталовия апорт е бил осъществен или не, съгласно нормалните условия на пазара.

б) Преценка на Съда

190. Член 295 ЕО гласи:

„Настоящия договор с нищо не предопределя режима на собственост в държавите-членки.”

191. Член 86 ЕО гласи:

„1. Държавите-членки що се отнася до държавните предприятия или предприятията, на които се дават специални или изключителни права не предвижда и не поддържат никакви мерки противни на разпоредбите на настоящия договор, включително и тези предвидени в членове 12 и 81 до 89 включително.

2. Предприятията, които са натоварени с управление на услуги от общ икономически характер или имащи характер на фискален монопол се подчиняват на правилата на настоящия договор, включително на правилата за конкуренция в рамките, до които приложението на тези правила не пречат на

юридическото или фактическо осъществяване на специалната им мисия. Развитието на обмена не може да бъде накърнявано в степен противна на интересите на Общността.

(...)”

192. От практиката на Съда е видно, че ако режимът на собственост продължава да е в компетентността на държавата-членка на основание на член 295 ЕО, тази разпоредба няма за цел да отклонява режимите на собственост съществуващи в държавите-членки на фундаменталните правила на Договора (вж. Решение на Съда от 6 ноември 1984 г., *Feaon*, по дело 182/83, *Recueil*, стр. 3677, точка 7; от 1 юни 1999 г., *Konle*, по дело C-302/97, *Recueil*, стр. I-3099, точка 38, и от 4 юни 2002 г., Комисия/Португалия, по дело C-367/98, *Recueil*, стр. I-4756, точка 48).

193. Така и съобразно член 86, параграф 1 ЕО, правилата на конкуренцията на Договора са фундаментални правила и са приложими независимо дали предприятията са държавни или частни (Решение на Съда от 13 юни 2000 г., *ЕРАС/Комисия*, по съединени дела T-204/97 и T-270/97, *Recueil*, стр. II-2267, точка 122).

194. Не би могло следователно да се счита, че член 295 ЕО ограничава обхвата на понятието държавна помощ по смисъла на член 87, параграф 1 ЕО.

195. От друга страна, така както твърдят ищите това приложение на правилата за конкуренцията спрямо предприятията независимо от режима на собственост на който са подчинени, няма за ефект да намали приложното поле на защитата на член 295 ЕО и да направи така, щото държавите-членки да не разполагат практически с никаква свобода на действие при управление на държавните предприятия или при запазване на участията, които имат в последните, или още при вземането под внимание на съображения различни от чисто търговските критерии.

196. В действителност ако предположим, че визираните интереси от тази аргументация могат да се противопоставят на приложението на правилата за конкуренция те са взети под внимание от член 86, параграф 2 ЕО дотолкова доколкото тази разпоредба предвижда, че предприятията натоварени с услуги от общ икономически интерес или представляващ фискален монопол могат да се изплъзнат от приложението на правилата за конкуренция, там където последните пречат за осъществяването юридически или фактически на особената мисия, с която те са натоварени.

197. В случая ищите не са изтъкнали, че условията предвидени в член 86, параграф 2 ЕО за да извадят *WestLB* от приложното поле на правилата за конкуренция са налице.

198. Накрая, трябва да отбележим, че аргумента на *Land*, според който като инвеститор или предприемач държавата се ръководи от критерии различни от пазарните в дългосрочен план, трябва да се анализира не като има предвид член 295 ЕО, а в рамките на преглед на поведението на *Land* като има предвид инвеститор работещ в условията на пазарна икономика.

199. От казаното по-горе, следва че аргумента базиращ се на нарушение на член 295 ЕО не е основателен.

2. Приложение на принципа на инвеститор, работещ в обичайните условия на пазарна икономика по отношение на рентабилно предприятие

а) Аргументи на страните

200. Аргументите обвиняват Комисията, че е приложила принципа на инвеститор, работещ в обичайните условия на пазарна икономика по отношение на едно рентабилно предприятие. Те подчертават, че WestLB през много години е давала печалба и е могла да се надява на подобни печалби и в бъдеще. WestLB поддържа, че този принцип така както се прилага в контекста на държавни мерки целящи оздравяване на предприятия не би могъл да се прехвърли по същия начин към мерки, насочени към рентабилни предприятия. Въпроса за рентабилността в дългосрочен план би загубил своето значение всеки път, когато предприятието вече е доказало икономическата си жизнелюбност като е раздавало редовно дивиденди. От друга страна, инвестирането в едно по-добро предприятие би било подложено на по-голям риск, отколкото инвестирането в стабилно предприятие. По този начин възвръщаемостта за един инвеститор работещ в условията на пазарна икономика би била различна в едната или другата ситуация.

201. Ищците твърдят, че принципа на инвеститор, работещ в обичайните условия на пазарна икономика не е бил приложен от Комисията и приет от Съда в други случаи освен по отношение на предприятия в реструктуриране. Land отрича приложимостта на упоменатата съдебна практика от VdB и по този начин изтъква, че Комисията следва да установи по време на контрола на поведението, че никой инвеститор работещ в условията на пазарна икономика не би постъпил така иначе би имало обръщане на доказателствената тежест. Той се позовава в подкрепа на аргументите си на точки 2 и 16 от Съобщението на Комисията от 1993 г. и на точка 20 от Решението на Съда от 21 март 1991 г., Италия/Комисия, наречено „Alfa Romeo” (по дело C-305/89, Recueil, стр. I-1603). От друга страна според Land, член 295 ЕО се противопоставя на позитивен контрол на държавните власти, който би искал последните да установяват, че всеки инвеститор работещ в условията на пазарна икономика би постъпил по същия начин.

202. Комисията оспорва аргументите на ищците и подчертава, че важното е да се определи дали капиталовия апорт от страна на държавата в едно държавно предприятие трябва да се счита за „нормална” търговска операция или държавата надхвърля ролята си на инвеститор. Ако държавата дава капитали на едно държавно предприятие по не пазарни условия тя не действа като предприемач, а фаворизира това държавно предприятие като му дава предимство спрямо конкурентите му, които могат да получат свеж капитал единствено при пазарни условия. Това предимство би било определящо, когато се установяват помощите независимо от евентуалните печалби реализирани от държавното предприятие.

203. Комисията поддържа, че ако не се прилага този принцип спрямо предприятията даващи печалба би имало за последствие, че държавата може без никакъв контрол да дава на разположение на не губещи предприятия безкрайни финансови средства, без да получава нищо в отплата. Като по този начин съдейства за изкривявания в областта на конкуренцията противоречащи на член 87, параграф 1 ЕО.

204. При всички случаи, Комисията приема, че изискванията относно доказателствата, които тя трябва да приведе, когато прилага принципа спрямо предприятия формиращи печалба са по-строги от колкото в случая, когато ги прилага спрямо предприятия понасящи загуби или изискващи реструктуриране.

205. Комисията приема, че принципа за инвеститора работещ в условията на пазарна икономика е бил приложен най-вече в предишната практика на Комисията и в практиката на Съда, когато дадена държава е апортирала капитали в предприятия понасящи загуби или нуждаещи се от реструктуриране, но тя изтъква, че този факт не изключва прилагането му спрямо предприятия, които са печеливши и това е било отбелязвано, както от Комисията така и от Съда.

б) Преценка на Съда

206. Така както е припомнено по-горе в точка 178, член 87, параграф 1 ЕО, има за цел да предотврати накърняването на обмена между държавите-членки в следствие преимущества дадени от държавните власти под най-различни форми, водещи до нарушаване на конкуренцията чрез облагодетелстване на някои предприятия или някои производства.

207. С цел да се прецени дали една държавна мярка представлява помощ трябва следователно да се определи дали предприятието бенефициент получава икономическа облага, която не би получила в нормалните пазарни условия (Решения на Съда от 11 юли 1996 г., SFEI и други, по дело C-39/94, Recueil, стр. I-3547, точка 60; и 29 април 1999 г., Espagne/Комисия, по дело C-342/96, Recueil, стр. I-2459, точка 41; от 29 юни 1999 г., DM Transport, по дело C-256/97, Recueil, стр. I-3913, точка 22, и решение SIC/Комисия, упоменато по-горе, точка 78).

208. Но по принцип въпросът да се знае дали предприятието бенефициент на една помощ е или не е рентабилно не е сам по себе си определящ, за да се разбере дали подобно предимство съществува. За сметка на това този въпрос трябва да бъде взет под внимание в рамките на въпроса дали държавния инвеститор се е държал като инвеститор работещ в пазарна икономика или предприятието бенефициент е получило икономическа облага, която не би получила при нормални пазарни условия.

209. От друга страна, аргументът на ищите според които практиката на Комисията и на Съда не познава случай на приложение на принципа относно инвеститора работещ в условията на пазарна икономика, се отнася само за предприятия в реструктуриране, не е точен, нито може да постави под въпрос законността на оспорваното решение.

210. Що се отнася до практиката на Съда, трябва да припомним, че освен фактът, че тя никога не е ограничавала приложението на този принцип единствено до предприятията понасящи загуби тази практика често е използвала формулировки касаещи държавна помощ, които не изключват, а напротив предполагат приложението на принципа на инвеститора работещ в условията на пазарна икономика спрямо печеливши предприятия (а това отношение, освен упоменатата практика в точка 207 по-горе, вж. Решения на Съда от 15 март 1994 г., *Vanco Exterior de España*, по дело C-387/92, *Recueil*, стр. I-877, точка 13, и *SFEI* и други, упоменато по-горе, точки 58 - 62).

211. Що се отнася до практиката на Комисията, трябва да припомним, че в точка 22 от своето съобщение от 1993 г. тя декларира, че трябва да се приложи правото на Общността спрямо „държавните предприятия, каквото и да е тяхното положение, а не само спрямо тези, които регистрират загуби, както е в случая”. От тук нататък, аргумента на ищците базиращ се на точки 2 и 16 от същото съобщение не би могъл да отклони прилагането на принципа на инвеститора работещ в условията на пазарна икономика спрямо печелившите предприятия.

212. Още повече така както *VdV* припомня, Решение 98/365, упоменато по-горе относно *SFMI-Chronopost*, въпреки факта, че предприятието бенефициент е формирало печалба отразена в счетоводните баланси, ищецът е проучил дали въпросните операции са били съобразени с принципа на инвеститора работещ в условията на пазарна икономика.

213. Накрая трябва да подчертаем, че ако приложението на принципа на инвеститора работещ в условията на пазарна икономика спрямо печеливши предприятия представлява еволюция спрямо предходната обичайна практика на Комисията и на Съда, юридическите основания на това приложение в никакъв случай не биха могли да бъдат поставени под въпрос. В действителност това приложение не противоречи на никаква правна норма на Общността, но както е било обяснено по-долу е напълно съобразено с разпоредбите на Договора приложими в тази област.

214. Следователно, аргументът на ищците базиращ се на твърдението, че оспорваното решение не е законосъобразно, защото прилага принципа на инвеститора, работещ в условията на пазарна икономика спрямо печелившо предприятие следва да бъде отхвърлен.

3. Изискване за средна възвръщаемост във въпросния сектор относно капиталовите апорти от страна на държавния инвеститор

а) Аргументи на страните

215. Ищците изтъкват, че изискването поставено от Комисията в оспорваното решение за минимална възвръщаемост отговаряща на средната възвръщаемост във въпросния сектор относно капиталовите апорти на публичния инвеститор, на първо място е несъвместимо с член 87, параграф 1 ЕО, в частност що се отнася до това, че той игнорира ефекта породен от естеството на собственика и

на второ място противоречи, както на съобщението на Комисията от 1993 г. така и на предишната практика, както и на практиката на Съда и на трето място е в противоречие с член 295 ЕО.

і) Относно несъвместимостта на изискването за средна възвръщаемост с член 87, параграф 1 ЕО

216. Ищците упрекуват Комисията, че се базира изключително на една средна възвръщаемост, за да определи необходимата възвръщаемост на капиталния апорт и да прецени от тук дали инвеститор работещ в условия на пазарна икономика е заинтересован от оптимизация на възвръщаемостта като игнорира съществуването на частни инвеститори преследващи други цели, както тези основаващи се на стратегия за развитие, социални, културни и други цели. От друга страна, те изтъкват че приложението на средната възвръщаемост пречи да се преценят специфичните условия по делото що се касае до инвеститора, предприятието и оспорваната операция, а също така и на сравнението на тази операция с поведението на други предприятия в подобно положение. Land поддържа становището, че Комисията злоупотребява с правото си на преценка, което се признава относно сложни икономически дела, без да взема под внимание сравнимостта на предприятията. Той поддържа становището, че средна възвръщаемост е много трудна за определяне в банковия сектор предвид големи различия съществуващи между банковите институции.

217. WestLB счита, че Комисията създава погрешна представа за частния инвеститор. Тя дори поддържа, че частен инвеститор следващ принципа на рентабилността също би предприел стратегия за диверсификация на рисковете и би разпределил капиталите си на пазара. Той би реализирал също така и инвестиции, които са на средното или по-ниско от него равнище на рентабилност и които поради този факт крият сравнително по-малко рискове. Така държавата би получила едно подобаващо възвръщане на инвестицията си ако вътре в различните нива, които се наблюдават на пазара тя получи от своите инвестиции възвръщаемост отговаря на предприятия риск.

218. Land поддържа, че множество предприятия формират по-малки печалби от тези на конкурентите си в продължение на години, без това да води до тяхното елиминиране на пазара, а само до по-слабо заплащане на апортирания капитал, нещо което инвеститора е свободен да прецени.

219. Според ищците, Комисията не може да претендира, че е използвала критерия за средната възвръщаемост само като „базова стойност”. От друга страна, Комисията не може да спре съществуването на държавна помощ, без да е установено, че никой частен инвеститор в подобна ситуация не би реализирал инвестицията при условията, при които тя се е осъществила в оспорваната операция. Това би означавало в случая, че Комисията трябва да докаже, че възвръщаемостта изтъкната от Land е значително по-ниска от тази, която един частен инвеститор в същата ситуация би предоставил на капиталите си. За Land единствената долна граница на този марж е не средната, и не средната може с известни уговорки да се счита за минимална стойност.

220. WestLB твърди също така, че изискването за средна възвръщаемост води до монополизация на пазара противна на целите на правото на Общността в областта на конкуренцията. Ако инвеститорите инвестират повече единствено в предприятия даващи средна възвръщаемост, всички капиталови апорти в подобни предприятия биха довели до допълнително увеличение на средната възвръщаемост във въпросния сектор. Но всяко увеличение на средната възвръщаемост би намалило броя на предприятията, които все още биха били в състояние да го осигурят и които биха могли все още да получат капиталови апорти. В по-дългосрочен план подобно увеличаване на средната възвръщаемост би довело до оставането на пазара на едно-единствено предприятие.

221. При всички случаи Land твърди, че никога не е апортирал капитали като се е отказвал изцяло или от части от подобаващо заплащане. Напротив трябва да отбележим, че той е най-големия съдружник в WestLB, и че е получил изплащането на дивиденди, и че печалбите му са се увеличили с апорта на WFA, и че накрая се е възползвал от определения аванс върху печалбите в размер на 0,6 %. От друга страна, инвестицията не е струвала на Land практически нищо и той е получил печалби, които не би могъл да получи по друг начин. Всеки частен инвеститор в подобна ситуация би действал по същия начин.

222. WestLB и Федерална република Германия упрекуват Комисията, че не взема под внимание в оспорваното решение ефектът предизвикан от естеството на собственика, ефект, който се проявява, когато един инвеститор, който вече е участвал в дадено предприятие, в което иска да инвестира увеличава чрез апорта на новия капитал стойността на стария. Този ефект води често до това един инвеститор, който вече е вложил в определено предприятие да вложи в него допълнителни капитали, дори ако в момента на тази инвестиция тя носи възвръщаемост по-ниска от средната.

223. Land прибавя в частност, че ако инвеститора има мажоритарно участие в едно предприятие, той трябва да предполага съществуването на траен интерес, мотивиращ инвестицията, а не просто да търси краткосрочна печалба.

224. Вземането под внимание на ефекта произведен от естеството на инвеститора би позволило също така да се извърши разлика между помощите и апортите, които не представляват помощи. Така когато от гледната точка на потенциален купувач, стойността на дадено предприятие се увеличава благодарение на един апорт поне със стойността му, един инвеститор работещ в условията на пазарна икономика самия той би направил този апорт поне при хипотезата, че ще бъде собственик на това предприятие. Ако в следствие на апорта, стойността на предприятието се увеличи с по-малко от стойността на апорта то тогава би ставало дума за помощ. Федерална република Германия изтъква, че за тази сметка е без значение дали Land е единствен собственик на WestLB. От друга страна, тя упрекува Комисията, че не е направила тази сметка.

225. В отговор на забележките на BdV по този повод, ищите подчертават, че ефектът произтичащ от естеството на собственика се прилага не само за някои

собственици, а за всички капиталови апорти в предприятия, където инвеститорът има вече участия.

226. Накрая, WestLB изтъква, че в една динамична икономика, новите възможности на инвеститора за печалба между които по-висока възвръщаемост от средната за капиталовия пазар, пропорционална на риска. Собственикът на една банка, която по отношение на по-строгите мерки относно собствените фондове се изправя пред алтернативата между включване на собствени фондове от вън или дали да бъде в невъзможността да предоставя на клиентите същи кредитите, които в миналото са между възможностите, които могат да доведат до по-висока възвръщаемост по отношение на тези нови възможности за инвестиции.

227. Комисията оспорва аргументацията на ищците и изтъква, че средната възвръщаемост не представлява финалната точка на изследването, целящо определяне на съществуването на помощ, а базова стойност въз основа на която се прави конкретна преценка на другите особености на инвестицията, за да се определи едно „подобавашо заплащане”. Комисията поддържа становището в случая, че тя е направила тази конкретна преценка и е оценила особеностите на спорната операция. Това произтича например от приспадането от нейна страна на неудобствата свързани с липсата на ликвиден характер на капиталите (съображения 202 - 205 от оспорваното решение) или увеличението осъществено, за да се вземат под внимание други особености като това отнасящо се до размера на капитала на WfA по отношение на другите собствени фондове гарантирани от WestLB (съображения 220 и 221).

228. Комисията изтъква, че тя не би могла да вземе под внимание ефектът от естеството на собственика поне според формулировката предложена от WestLB и Федерална република Германия. Тя изтъква, че подобно тълкувание не взема под внимание алтернативите за инвестиране извън предприятието, които всеки инвеститор би разгледал вземайки под внимание абсолютната и относителна стойност на въпросната инвестиция при оспорваната операция. Тя също така изтъква, че не е достатъчно държавните органи да имат участие в дадено предприятие, за да може всеки нов капиталов aport да бъде автоматично считан за съобразен с принципите на пазарната икономика. Инвеститор работещ в пазарна икономика би искал да знае във всички случаи дали глобалната му инвестиция съставена от средства вече инвестирани и нови капиталови апорти му разрешава да получи подобаваша възвръщаемост.

ii) Относно противоречието между оспорваното решение и съобщението на Комисията от 1993 г., предходната практика и съдебната практика по въпроса

229. На първо място, ищците и Федерална република Германия поддържат, че съществуването на средна възвръщаемост противоречи на полето за преценка дадено на държавния инвеститор в точки 27 - 29 от Решението от 1993 г. Що се отнася до аргумента на Комисията, според който това поле за преценка съществува най-вече, когато бъдещата възвръщаемост е променлива, например когато апортите на собствени фондове са заплатени под формата на дивиденди или принадлежна стойност. Федерална република Германия изтъква, че тази перспектива не отговаря на полето за преценка, което би имал един инвеститор

работещ в условията на пазарна икономика, който намира на пазара дори в областта на фиксираните награждения различни форми на възвръщаемост.

230. На второ място, WestLB цитира решенията на Комисията, за да стигне до извода, че за да се отрече съществуването на една помощ тази институция се позовава преимуществено на факта, че предприятието, което получава капиталов апорт е рентабилно в дългосрочен план (вж., включително, Решение 96/278/ЕО на Комисията от 31 януари 1996 г. относно рекапитализацията на дружеството Iberia (ОВ L 104, стр. 25), и решение на Комисията относно предприятието Dufesco Clabec, публикувани в *Официалния вестник на Европейските общности* от 22 януари 1998 г. (ОВ С 20, стр. 3)).

231. На трето място, WestLB изтъква, че съществуването на средна възвръщаемост, която да бъде приета за минимален размер не е съвместимо с практика на Съда, която вече е приела, че когато държавните мерки позволяват да се осигури дългосрочна рентабилност на предприятието, инвестицията не представлява помощ. Тя между другото се позовава на практиката на Съда, според която той е приел, че значимостта на някои цели могат да мотивират частен инвеститор да търси не рентабилността, а целите каквито са структурна политика, била тя глобална или секторна, с цел дългосрочни перспективи за възвръщаемост (Решение Alfa Romeo, упоменато по-горе, точка 20); или желанието да се поддържа имиджа на марката и да преориентира дейностите си (Решение на Съда от 21 март 1991 г., Италия/Комисия, по дело С-303/88, Rescueil, стр. I-1433, точка 21); или още от съображения свързани с локализацията, така както са отбелязани от генералния адвокат M. van Gerven в точка 14 на неговите заключения на последното упоменато решение (Rescueil, стр. I-1451), когато се отнасят до фактът, че един значителен частен холдинг не може да остане без отношение относно заетостта и икономическото развитие в региона, в който той работи. Така WestLB изтъква, че оспорваната операция също така оправдава от съображения за локализация и че за Land, една силна Landesbank е важен елемент за икономиката и имиджа на държавните предприятия от Land.

232. Land добавя, че според Съда трябва да преценим дали в подобни ситуации един инвеститор от същата величина би извършил същия капиталов апорт (Решение от 10 юли 1986 г., Belgique/Комисия, 40/85, упоменато по-горе, точка 13). В същия смисъл, съдът наскоро е отбелязал, че поведението на едно държавно предприятие, трябва да се разграничава от това на частен инвеститор в същата ситуация, за да се квалифицира за държавна помощ (Решение DM Transport, упоменато по-горе).

233. Комисията, поддържана от BdV, оспорва, че има противоречие между оспорваното решение и съобщението на Комисията от 1993 г., защото полето за преценка на държавите-членки относно апорта на собствени фондове би било съхранено. От друга страна, Комисията поддържа, че това поле за преценка не може да покрие случаите на решения, които не са били взети в пазарни условия, както е в случая с оспорваната операция. Това поле за преценка е най-вече оставено на държавите-членки, когато бъдещата възвръщаемост зависи от реалните икономически резултати на предприятието, както когато апорта на

собствени фондове е заплатен от формата на дивиденди или принадлежна стойност.

iii) Относно нарушението на член 295 ЕО от изискването за средна възвръщаемост

234. Ищците изтъкват, че на първо място съществуването на минимална възвръщаемост под формата на средна възвръщаемост представлява дискриминация на държавните предприятия по отношение на частните предприятия и дискриминация на държавните предприятия в качеството им на инвеститори по отношение на частните предприятия.

235. Противно на практиката на Съда, която изрично е признала, че дейностите на държавните и частни предприятия могат да преследват коренно различни цели (Решение на Съда от 6 юли 1982 г., Франция и др./Комисия, по съединени дела 188/80 до 190/80, Recueil, стр. 2545, точка 21 относно Директива 80/723/ЕИО на Комисията от 25 юни 1980 г. относно прозрачността на финансовите отношения между държавите-членки и публичните предприятия (ОВ L 195, стр. 35)), Комисията се е ръководела единствено от принципа на рентабилност, която иска да прилага независимо от това дали се касае за държавни или частни предприятия. От друга страна, въвеждането на критерия за средната възвръщаемост, който е функция на цялостния засегнат сектор би попречил на държавните предприятия да преследват други цели като такива от общ интерес, които не се вписват в контрола на държавните помощи на основание на член 86, параграф 2 ЕО.

236. WestLB поддържа също така, че подхода на Комисията значително да ограничи свободата на инвестиране от страна на държавните власти по отношение на тази на частните инвеститори. Докато един частен инвеститор има пълното право да инвестира в предприятие с възвръщаемост по-ниска от средното, държавните власти могат да инвестират само в предприятия, при които възвръщаемостта е не по-малка от средната. От тук нататък от подхода на Комисията е видно, че частните инвеститори могат да инвестират в много по-широк спектър от мотиви, отколкото държавните органи. Land подчертава, че решението за инвестиране прието, както от държавните инвеститори така и от частните инвеститори не се основават единствено на предполагаемата възвръщаемост, но и на други съображения като стратегически цели, каквито са подобряване или засилване на съществуващите участия.

237. На второ място, WestLB поддържа, че съществуването на средна възвръщаемост на държавните предприятия води до индиректен натиск в посока приватизация. Държавните предприятия имащи възвръщаемост по-ниска от средната биха били в невъзможност да покриват необходимостта си от допълнителни капитали, докато това биха могли да сторят частните предприятия с подобна възвръщаемост. Така държавите-членки биха се оказали под натиск да приватизират тези предприятия, за да не допуснат изчезването им от пазара.

238. Комисията подкрепяна от BdV, оспорва също така аргумента на ищците според който изискването за средна възвръщаемост нарушава член 295 ЕО. На

първо място, Комисията отхвърля аргумента, според който използването на средната възвръщаемост, за да се изчисли „подобавашо заплащане” води до дискриминация спрямо държавните предприятия и държавните органи в качеството им на инвеститори.

239. От друга страна, когато става дума за държавни разходи, Комисията оспорва факта, че използването на критерия за средна възвръщаемост им пречи да изпълняват задълженията си.

240. От друга страна, що се отнася до държавните органи, Комисията твърди, че свободата за инвестиране на държавата не е намалена по отношение на частните инвеститори, а просто става дума за преценка на инвестициите, като има предвид условията на въпросния пазар, когато се отнасят до частта на държавното предприятие подчинено на конкуренцията.

241. Когато става дума за сравнимите търговски интереси на държавните и частни инвеститори, Комисията поддържа становището, че прибягването до критерия за средната възвръщаемост не крие никаква дискриминация. Държавния инвеститор такъв какъвто е всеки извършващ апорт на частни капитали дори ако инвестицията му се влияе от дългосрочни стратегически съображения се надява в крайна сметка на подобаваща възвръщаемост. От друга страна, той не би се занимавал единствено с въпроса да разбере дали въпросното предприятие е рентабилно, а също така дали възвръщаемостта отговаря на средната на пазара. Приложението на същите критерии спрямо държавния инвеститор следователно не би представлявала дискриминация, а би отразила единствено приложението на принципи на инвеститора, работещ в условията на пазарна икономика.

242. На второ място, Комисията отхвърля аргумента, според който коректното използване на критерия за средна възвръщаемост води до задължение за приватизация, от една страна, тази възвръщаемост се прилага като еталон само спрямо конкурентните дейности на едно държавно предприятие, а от друга, държавния сектор на държавните предприятия се ползва с особената защита на член 86, параграф 2 ЕО. Следователно не би имало задължение за приватизация, а само задължение за пазарно поведение в сектора на дейност подчинен на конкуренцията.

б) Преценка на Съда

243. Тъй както е било припомнено в точки 206 и 207 по-горе, член 87, параграф 1 ЕО има за цел да предотврати обстоятелството, обмена между държавите-членки да бъде накърнен от облагите дадени от държавните власти под различни форми и това да накърни или застраши конкуренцията, облагодетелствайки определени предприятия или производства. С цел да прецени дали една държавна мярка представлява помощ трябва следователно да се определи дали предприятието бенефициент получава икономическа облага, която не би получила при нормални пазарни условия.

244. От друга страна, според трайната съдебна практика намесата на държавните органи в капитала на едно предприятие може да се счита за държавна помощ, когато условията визирани в член 87 ЕО са налице.

245. С цел да се определи дали подобна намеса има характер на държавна помощ трябва да преценим дали при подобни обстоятелства един частен инвеститор работещ в нормални пазарни условия (по-нататък „частен инвеститор“), от величина съвместима с тази на държавните органи, може да бъде доведен до осъществяване на въпросния капиталов апорт (Решения на Съда от 21 март 1990 г., *Belgique/Комисия*, по дело C-142/87, *Recueil*, стр. I-959, точка 29, и *Alfa Romeo*, упоменато по-горе, точки 18 и 19). В частност, трябва да се питаме дали един частен инвеститор би осъществил въпросната операция при същите условия и ако не да разберем при какви условия той би я осъществил (Решение на Съда от 30 април 1998 г., *Cityflyer Express/Комисия*, по дело T-16/96, *Recueil*, стр. II-757, точка 51).

246. Накрая, сравнението между поведението на държавните и частните инвеститори, трябва да се прави по отношение на поведението, което би имал по време на въпросната операция, частния инвеститор като се има предвид достъпните информации и възможните развития в този момент (Решение *Cityflyer Express/Комисия*, упоменато по-горе, точка 76).

247. В случая, първоначално трябва да подчертаем, че в рамките на настоящия довод въпросът е да се разбере дали в най-общ план, Комисията може да използва стойността на средната възвръщаемост във въпросния сектор като аналитичен инструмент за определяне поведението на един частен инвеститор.

248. От друга страна, въпросът е да знаем дали в случая приложението на принципа на частния инвеститор е или не законосъобразно, включително що се отнася до конкретното определяне на средния процент на възвръщаемост от страна на Комисията, това нещо се отнася до анализа на пети довод, който ще бъде разгледан по-нататък.

249. На първо място, ищите поддържат, че използването на средната възвръщаемост противоречи на член 87, параграф 1 ЕО. Те упрекат Комисията, че се е базира изключително на средна възвръщаемост, за да определи подobaващото заплащане при оспорваната операция, като не е взела под внимание всички обстоятелства по делото и е преценила, че един частен инвеститор е заинтересован единствено от оптимизация на възвръщаемостта като не е взела под внимание ефекта произведен от качеството му на собственик.

250. Трябва да припомним, че средната възвръщаемост представлява един от аналитичните инструменти използвани в рамките на приложение на член 87, параграф 1 ЕО.

251. От друга страна, средната възвръщаемост не може да бъде автоматичен критерии за определяне съществуването и размера на една държавна помощ. Той не освобождава Комисията от задължението да направи пълен анализ на всички елементи от значение за оспорваната операция и за нейния контекст,

включително положението на предприятието бенефициент и на въпросния пазар, за да проверим дали предприятието бенефициент получава икономическа изгода, която не би получила при нормални пазарни условия.

252. От друга страна, използването на средната възвръщаемост като аналитичен инструмент е подчинено на правилата на правото на Общността, за държавните помощи. Например използването на средната възвръщаемост не може да освободи Комисията от своето задължение да вземе под внимание, възможността държавната помощ за която става дума евентуално да изпълнява условията съобразно, които да бъде разрешена на основание на изключението предвидено от член 86, параграф 2 ЕО.

253. От друга страна, използването на средната възвръщаемост по никакъв начин не накърнява задължението на Комисията на основание на член 253 ЕО, за да мотивира по достатъчен начин крайното решение относно съществуването и размера на въпросната държавна помощ.

254. При тези условия, използването на средната възвръщаемост в сектора като аналитичен инструмент между многото други, може да се оправдава в рамките на приложение на принципа на частния инвеститор, за да се определи дали в случая и в каква степен предприятието бенефициент получава икономическа изгода, която не би получило при нормалните пазарни условия.

255. В действителност поведението на един частен инвеститор в пазарна икономика се определя от перспективите за рентабилност (Решение на Съда от 12 декември 2000 г., Alitalia/Комисия, по дело T-296/97, Recueil, стр. II-3871, точка 84). Така използването на средната възвръщаемост може да кореспондира с идеята, че един частен инвеститор такъв какъвто би искал да максимализира печалбите си, но без много голям риск по отношение на други участници на пазара в своето изчисление на подобаващото заплащане на своята инвестиция би изисквал по принцип минимална възвръщаемост отговаряща на средната възвръщаемост във въпросния сектор.

256. В случая, трябва да подчертаем, че използването на средната възвръщаемост се вписва в рамките на принципа на частния инвеститор по отношение на рентабилно предприятие. Още повече, за да се изчисли съществуването и размера на помощта е необходимо за Комисията да използва една сравнителна стойност между оспорваната операция и поведението на частния инвеститор.

257. Що се отнася до аргументите основани на факта, че един частен инвеститор не е единствено заинтересован от оптимизация на възвръщаемостта на инвестициите си, и че Комисията не е взела под внимание ефектът произведен от качеството собственик, трябва да повторим, че използването на средната възвръщаемост не освобождава Комисията от задължението си да анализира всички елементи от значение за оспорваната операция и нейния контекст. Този въпрос ще бъде анализиран по надолу в рамките на преценката на приложението в случая на принципа на частния инвеститор.

258. Следователно трябва да приемем, че самото използване от страна на Комисията на минимална възвръщаемост отговаряща на средната възвръщаемост във въпросния сектор като аналитичен инструмент използван в рамките на вземането под внимание на всички елементи значими в случая не е в противоречие с член 87, параграф 1 ЕО.

259. На второ място ищците изтъкват, че оспорваното решение е в противоречие със съобщението на Комисията от 1993 г., с нейната практика и със съдебната практика по въпроса.

260. Що се отнася до точка 27 от посоченото съобщение трябва да подчертаем, че Комисията признава, че трябва да бъде оставено поле за преценка на инвеститора, за да може той да анализира рисковете на инвестицията, но тя декларира, че да извърши тази преценка „държавните предприятия трябва също както и частните предприятия да използват критериите на рентабилността”. В точка 29 тя повтаря идеята според която „всяко решение за търговска инвестиция предполага широко поле за преценка”, но включва тази идея в по общ анализ относно начина за определяне дали една държавна помощ съществува или не, нещо което не позволява да се приемат аргументите на страните.

261. От друга страна, както Комисията е отбелязала, можем да направим разлика между проектната преценка на възвръщаемостта, в която съществува известно поле за преценка относно държавния инвеститор и прегледа от страна на последния за определяне на това дали възвръщаемостта му се струва достатъчна, за да извърши въпросната инвестиция, при което полето за преценка е по-тясно, тъй като е възможно да сравни въпросната операция с други възможности за пласмент на капитала за инвестиране.

262. Когато става дума за претендираното противоречие между съществуването на средна възвръщаемост и практиката на Комисията и на Съда, базирана върху факта, че нито Комисията нито общностния съд са изисквали преди една подобна възвръщаемост, за да определят дали една държавна помощ съществува или не, трябва да подчертаем, че във всички случаи тази административна или съдебна практика не са изключили възможността да съпостави подобно условие. Напротив, съдебната практика относно понятието държавна помощ изразява материален критерии и включва възможността да се използва средната възвръщаемост при преценка на принципа на частния инвеститор (вж. упоменатата съдебна практика в точка 207 по-горе, и например Решенията *Vanco Exterior de España*, упоменато по-горе, точка 13, и *SFEI* и други, упоменато по-горе, точки 58 - 62).

263. Трябва накрая да припомним, че дори ако за използването на средната възвръщаемост по време на приложението на този принцип да представлява еволюция по отношение на предишната практика на Комисията и на практиката на Съда, юридическата база на това използване не би могла да бъде поставена под съмнение. В действителност в отбелязаните по-горе предели (вж. точки 250 - 253 и 255), това използване не противоречи на никаква правна норма на Общността, но както това вече беше обяснено е съобразена с нормите приложими в тази област.

264. Следователно трябва да приемем, че съобщението на Комисията от 1993 г., предишната практика на ответника и съдебната практика не могат да поставят под въпрос законността на използването на средната възвръщаемост при приложението на принципа на частния инвеститор в описаните по-горе условия.

265. На трето място, ищите твърдят, че използването от страна на Комисията на средната рентабилност противоречи на член 295 ЕО, включително, че това използване води до дискриминация между държавните и частните предприятия и до дискриминация спрямо частните органи, действащи като инвеститори по отношение на частните инвеститори.

266. Трябва да подчертаем в това отношение, че както беше припомнено в точка 193 по-горе, правилата на конкуренцията се прилагат еднакво спрямо държавните и частните предприятия, и че член 295 ЕО по нищо не накърнява този принцип.

267. От друга страна, съгласно трайната съдебна практика от принципа на равно третиране между държавните и частни предприятия следва, че капиталите, които се предоставят на едно предприятие директно или индиректно от държавата при условия отговарящи на нормалните пазари не могат да бъдат квалифицирани като държавни помощи (Решение Италия/Комисия, упоменато по-горе, точка 231, точка 20, и Решение от 16 май 2002 г., Франция/Комисия, упоменато по-горе, точка 69).

268. В този контекст използването на средната възвръщаемост като аналитичен инструмент при приложение на принципа на частния инвеститор цели да определи дали оспорваната операция е била извършена при условия, които отговарят на нормалните пазари.

269. Дотолкова доколкото използването на средната възвръщаемост спазва условията записани в точки 250 - 253 и 255 по-горе, не може да се счита, че е извършено нарушение на принципа за равно третиране между държавните и частни предприятия или между частните инвеститори и държавните такива.

270. В действителност, дотолкова доколкото Комисията трябва винаги да разглежда всички елементи на оспорваната операция и на нейния контекст тя трябва да вземе под внимание въпроса дали един частен инвеститор на мястото на държавния инвеститор би приел като подобаващо възнаграждение една възвръщаемост по-ниска от средната във въпросния сектор по икономически съображения различни от тези за оптимизиране на възвръщаемостта. Същото разсъждение се отнася и до аргумента базиращ се на претендирана дискриминация между държавните и частни предприятия, дотолкова доколкото особеностите на оспорваната операция относно предприятието бенефициент трябва да бъдат взети под внимание в рамките на приложение на принципа на частния инвеститор.

271. От друга страна, трябва да отбележим, че изискването визиращо да се вземе под внимание поведението на частния инвеститор с цел да се прецени поведението на държавния инвеститор при положение, че поведението на частния инвеститор не е подчинено на никакви специални изисквания не може

също така да се счита като проява на дискриминация по отношение на държавния инвеститор.

272. В действителност принципа за равенство забранява да се третира по различен начин ситуации, които са сходни, нещо което би довело до ощетяване на някои оператори по отношение на други, без това различно третиране да бъде оправдано от съществуването на различни цели от определено значение (Решение на Съда от 7 юли 1999 г., *Wirtschaftsvereinigung Stahl/Комисия*, по дело T-106/96, Recueil, стр. II-2155, точка 103). Но, държавния инвеститор не се намира в същата ситуация, като частния инвеститор. Последният не може да разчита на друго освен на собствените си ресурси, за да финансира инвестициите си и следователно отговаря с имуществото си за последиците на своя избор. Обратно на това държавния инвеститор има достъп до ресурси, които произтичат от упражняване на държавната власт, включително и тези идващи от данъците. Тъй като ситуацията на тези два типа инвеститора не е една и съща вземането под внимание на поведението на частния инвеститор с цел да се направи преценка на поведението на държавния инвеститор не може да се смята за дискриминация спрямо последния.

273. Накрая, противно на това, което ищите твърдят, използването на средната възвръщаемост не пречи на държавните предприятия да продължават мисиите си от общ интерес защитени от член 86, параграф 2 ЕО, след като Комисията трябва да вземе под внимание възможността въпросната помощ евентуално да покрива условията на тази разпоредба, за да бъде разрешена.

274. Следователно трябва да считаме, че при условията описани по-горе използването на средната възвръщаемост при приложение на принципа на частния инвеститор не противоречи на член 295 ЕО.

275. От тук следва, че нарушенията, за които твърдят ищите основани върху неправомерното използване в оспорваното решение на средна възвръщаемост в рамките на приложение на принципа на частния инвеститор не може да бъде прието.

276. От всичко казано до тук следва, че втория аспект на четвъртия довод на ищите базиращ се на това, че в оспорваното решение Комисията неправомерно е разширила държавна помощ следва да се отхвърли.

277. При тези обстоятелства доводът на ищите, базиращ се на нарушение на членове 87, параграф 1 ЕО и 295 ЕО, дотолкова доколкото Комисията е дала неправилно тълкуване на понятието държавна помощ в оспорваното решение, трябва да се отхвърли изцяло.

V – Относно пети и шести довод, базиращи се на нарушение на задължението за мотивиране и на нарушение на членове 87, параграф 1 ЕО и 295 ЕО, що се отнася на първо място съществуването на държавни ресурси и на второ място, че според Комисията оспорваната операция накърнява конкуренцията и обмена между държавите-членки и на трето приложението от страна на Комисията на принципа на инвеститора, работещ в условията на пазарна икономика

278. Първоначално, що се отнася до задължението за мотивация, трябва да припомним, че според трайната съдебна практика, обхвата на задължението за мотивация зависи от естеството на въпросния акт и от контекста в който той е бил приет. Мотивацията трябва да покаже по безспорен и недвусмислен начин разсъждението на институцията, така че от една страна да позволи на общностния съд да осъществи своя контрол за законност и от друга страна, да позволи на заинтересованите да се запознаят с основанията за приетата мярка, така че да могат да защитават правата си и да проверят дали решението е или не добре обосновано (Решения Skibsværftsforeningen и др./Комисия, упоменато по-горе, точка 230, и ЕРАС/Комисия, упоменато по-горе, точка 34).

279. Не се изисква мотивацията да отбелязва всички фактически и правни елементи дотолкова доколкото въпросът е да се разбере дали мотивацията на един акт отговаря на изискванията на член 253 ЕО и това трябва да се преценява не само с оглед на конкретното съдържание, но и в контекста, а също така и като се имат предвид общите юридически правила, които регулират дадената материя (Решения на Съда Skibsværftsforeningen и др./Комисия, упоменато по-горе, точка 230, и от 15 юни 2000 г., Alzetta и др./Комисия, по съединени дела T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97 до T-607/97, T-1/98, T-3/98 до T-6/98 и T-23/98, Recueil, стр. II-2319, точка 175).

280. В частност, Комисията не следва да вземе отношение по всички аргументи изтъкнати пред нея от заинтересованите, за нея е достатъчно да изложи фактите и юридическите преценки, които имат основно значение в създаването на решението (Решения на Съда от 8 юни 1995 г., Siemens/Комисия, T-459/93, Recueil, стр. II-1675, точка 31, и ЕРАС/Комисия, упоменато по-горе, точка 35).

281. Що се отнася например до квалификацията на една мярка като помощ задължението за мотивацията изисква да бъдат посочени причините, поради които Комисията смята, че въпросната мярка влиза в приложното поле на член 87, параграф 1 ЕО (Решение ЕРАС/Комисия, упоменато по-горе, точка 36).

282. Що се отнася до детайлния анализ на оспорваното решение трябва да припомним, че преценката от страна на Комисията на въпроса дали една инвестиция отговаря на критерия за инвеститор работещ в условията на пазарна икономика, предполага комплексна икономическа преценка. Но Комисията, когато приема акт включващ комплексна икономическа преценка има широки права и юридическия контрол с подобен акт дори да е по принцип „дялостен“, дотолкова доколкото се отнася до въпроса дали една мярка влиза в приложното поле на член 87, параграф 1 ЕО, се ограничава до проверката на спазването на процедурните правила и мотивацията на материалната точност на приетите факти за извършване на оспорваното решение на липсата на явни грешки в преценката на тези факти и до липсата на отклонения в правомощията. В частност не е задължение на Съда да подмени икономическата преценка на автора на решението (Решения на Съда от 15 септември 1998 г., BFM и EFIM/Комисия, по съединени дела T-126/96 и T-127/96, Recueil, стр. II-3437, точка 81, и Alitalia/Комисия, упоменато по-горе, точка 105, и упоменатата съдебна практика).

283. Анализа от страна на Съда на настоящите доводи цели да се определи дали оспорваното решение има порок по отношение на мотивацията или се касае за нарушение на членове 87, параграф 1 ЕО и 295 ЕО. В този последен аспект съдът в частност ще провери дали Комисията е извършила явна грешка в преценката, що се отнася до приложението на принципа на частния инвеститор работещ в условията на пазарна икономика по отношение на оспорваната операция.

А – Първи аспект: нарушение на задължението за мотивация що се отнася до съществуването на държавни ресурси

1. Аргументи на страните

284. Land твърди, че Комисията не е мотивирала юридически в достатъчна степен съществуването на държавни ресурси използвани по време на оспорваната операция.

285. Комисията оспорва, че не е мотивирала използването на държавни ресурси по време на оспорваната операция. Тя припомня, че е обяснила факта, че WfA е държавно предприятие използващи държавни средства, и че апортът на такова имущество под формата на капитал в едно предприятие задължително изисква поставянето на разположение на държавни средства.

2. Преценка на Съда

286. Както беше подчертано в точка 182 по-горе и както е изложено в съображения 27 - 30 и 38 от оспорваното решение е безспорно, че WfA е държавно предприятие, което разполага с държавни средства, че Land е единствен държател на социалните дялове на WfA, и че е била включена в състава на WestLB със закон приет от парламента на Land. При тези обстоятелства е ясно, че оспорваната операция включва даването на държавни ресурси. Мотивацията изложена в това отношение в оспорваното решение следователно е достатъчна.

В – Втори аспект: нарушение на задължението за мотивация и нарушение на член 87, параграф 1 ЕО, що се отнася до факта, че оспорваната операция накърнява конкуренцията и обмена между държавите-членки

1. Аргументи на страните

287. WestLB, позовавайки се на Решение на Съда от 13 март 1985 г., Нидерландия и Leeuwarder Papierwarenfabriek/Комисия (296/82 и 318/82, Recueil, стр. 809, точка 24), твърди, че Комисията също така е нарушила задължението си за мотивация, що се отнася до съществуването на накърняване на конкуренцията и обмена между държавите-членки. В това отношение решението се е ограничавало до извършване на констатации от общ характер относно либерализацията на финансовите пазари и присъствието на WestLB в чужбина.

288. От друга страна, в случай че се приеме тълкуванието на държавна помощ в оспорваното решение за правилно, WestLB изтъква, че трансферът на WfA към WestLB не накърнява конкуренцията, нито обмена между държавите-членки. Ако въпросната мярка представлява държавна помощ, Комисията би следвало да докаже, че тя нарушава конкуренцията и обмена между държавите-членки, нещо което тя не е направила. Самият факт, че WestLB не осъществява своята дейност в Land Nordrhein-Westfalen, но също така и в чужбина не е достатъчен да се предположи подобно накърняване на конкуренцията. От друга страна, позоваването в експозето на мотивите на закона на Land, който се отнася до трансфера на WfA към WestLB не би могло само по себе си да бъде накърняване на обмена между държавите-членки. Накърняването на обмена следва да бъде доказан обективно и мотивите на законодателя не са валидни в настоящия контекст.

289. Комисията счита, че в достатъчна степен е мотивирала оспорваното решение, по въпроса за накърняване на конкуренцията и обмена между държавите-членки. Тя припомня, че е отбелязала съществуването на тясна връзка между собствените фондове на една кредитна институция и банковите дейности и факта, че WestLB „предоставя банкови услуги в конкуренция с други европейски банки”. VdB добавя, че ищците са участвали в процедурата и следователно знаят всички подробности от позицията на Комисията по тази точка (Решение на Съда от 29 септември 2000 г., СЕТМ/Комисия, по дело T-55/99, Recueil, стр. II-3207, точки 76 и последващи и точки 100 и последващи).

290. От друга страна, за Комисията оспорваната операция е способна да ограничи конкуренцията, след като е дала на WestLB предимства, които са позволили да намали разходи при осъществяването на по-стриктните критерии за ликвидност. Тя също така е засилила позицията си спрямо своите конкуренти, както на националния пазар така и в между общностния обмен и това е достатъчно, за да се предположи съществуването на накърняването на конкуренцията и на обмена между държавите-членки (заключение на генералния адвокат M. Saggio след Решение на Съда от 19 септември 2000 г., Германия/Комисия, по дело C-156/98, Recueil, стр. I-6857, I-6864, точка 24, и на генералния адвокат M. Cosmas след Решение на Съда от 5 октомври 2000 г., Германия/Комисия, по дело C-288/96, Recueil, стр. I-8237, I-8241, точки 106 и последващи). VdB прибавя, че тъй като WestLB плаща за капитала на WfA лихви несъобразени с пазара, тя получава помощ. Но, според практиката на Съда помощите за функциониране са по дефиниция способни да накърнят конкуренцията и ищецът не е оспорил тази презумпция.

291. Що се отнася до накърняването на обмена между държавите-членки, Комисията припомня мотивите на закона на Land относно трансфера на WfA към WestLB, които твърдят, че оспорваната операция е целяла да засили „международната и национална конкурентоспособност на последната”.

2. Преценка на Съда

292. Що се отнася до мотивацията на точката за проучване, трябва да припомним, че извън упоменатата съдебна практика в точки 278 - 281 по-горе, и също в случаите, когато произтича от обстоятелствата, в които помощта е била

дадена, че тя е от естество да накърни обмена между държавите-членки и да заплаши или накърни конкуренцията от Комисията следва да се позове на тези обстоятелства в мотивите на решението си (Решения на Съда от 7 юни 1988 г., Grèse/Комисия, 57/86, Recueil, стр. 2855, точка 15; от 24 октомври 1996 г., Германия и др./Комисия, по съединени дела C-329/93, C-62/95 и C-63/95, Recueil, стр. I-5151, точка 52, и на Съда от 30 април 1998 г., Vlaams Gewest/Комисия, по дело T-214/95, Recueil, стр. II-717, точка 64).

293. Но следва да констатираме, че в оспорваното решение ответникът между другото е отбелязал, че WestLB е обикновена търговска банка с международна дейност; че най-силното присъствие в чужбина е в Европа; че дейностите в чужбина са представлявали през 1997, 48 % от приходите; че тя предоставя услуги в конкуренция с други европейски банки; че съществува тясна връзка между собствените фондове на една кредитна институция и банковите дейности (съображения 17 - 20, 55 - 66 и 157 - 160 от оспорваното решение).

294. Извършвайки това, ответникът е изложил по достатъчно безспорен начин фактите и юридическите съображения, които имат значение при вземането на решението в това отношение. Тази мотивация позволява на ищците и на общностния съд да се запознае с причините поради които ответникът е преценил, че оспорваната операция води до накърняване на конкуренцията и на вътрешно общностния обмен.

295. От друга страна, Комисията не е била задължена да извърши прекалено обстоен икономически анализ, след като вече е изложила по какъв начин конкуренцията и обмена между страните ще бъдат накърнени.

296. Накрая, Комисията не е длъжна да демонстрира реалния ефект, който тази помощ би имала върху конкуренцията и обмена между държавите-членки. И в действителност задължението за Комисията да приведе подобно доказателство би фаворизирало държавите-членки, които изплащат помощи в нарушение на задължението за съобщаване предвидено от член 88, параграф 3 ЕО, във вреда на тези, които съобщават за проектираните държавни помощи (Решения на Съда Vlaams Gewest/Комисия, упоменато по-горе, точка 67; SETM/Комисия, упоменато по-горе, точка 103, и от 30 януари 2002 г., Keller и Keller Meccanica/Комисия, по дело T-35/99, Recueil, стр. II-261, точка 85).

297. Следователно първия аспект на пети и шести довод трябва да бъде отхвърлен що се отнася до претендираната липса на мотивация.

298. Що се отнася до основателността на решението на Комисията по настоящия въпрос, трябва да припомним, че според трайната съдебна практика дори една помощ от сравнително не голям размер е способна да накърни обмена между държавите-членки, когато в сектора, в който работи предприятието бенефициент има сериозна конкуренция (Решения на Съда от 11 ноември 1987 г., Франция/Комисия, 259/85, Recueil, стр. 4393, точка 24, и от 21 март 1991 г., Италия/Комисия, упоменато по-горе, точка 27; Решение Vlaams Gewest/Комисия, упоменато по-горе, точка 49).

299. От друга страна, когато една финансова помощ отпусната от дадена страна или чрез държавни средства засилва позицията на дадено предприятие по отношение на своите конкуренти в междуобщностния обмен, последния трябва да се счита нарушен от тази помощ (Решение на Съда от 17 септември 1980 г., Philip Morris/Комисия, 730/79, Recueil, стр. 2671, точка 11; решения Vlaams Gewest/Комисия, упоменато по-горе, точка 50; СЕТМ/Комисия, упоменато по-горе, точка 86).

300. Накрая, помощите, които целят да се освободят предприятията бенефициенти от изцяло или от части от разходите, които нормално биха понесли в рамките на ежедневното си управление и нормалната си дейност, по принцип накръняват конкуренцията (вж. решения Siemens/Комисия, упоменато по-горе, точки 48 и 77, и Vlaams Gewest/Комисия, упоменато по-горе, точка 43).

301. В случая трябва да подчертаем, че оспорваната операция е засилила позицията на WestLB по отношение на конкурентите. Предвид размера на операцията и на WestLB, както и фактът, че тя присъства трайно на международните пазари, безспорно е като има предвид упоменатата съдебна практика, че с основание ответникът е преценил, че спорната операция може да накръни конкуренцията и международния обмен между държавите-членки.

302. Тази констатация се потвърждава от мотивите на закона на Land относно трансфера на WfA към WestLB, където е отбелязано, че оспорваната операция цели да се засили „международния и национален конкурентен капацитет на последната”.

303. От казаното до тук следва, че този аспект трябва да бъде отхвърлен в неговата цялост.

С – Трети аспект: нарушение на членове 87, параграф 1 ЕО и 295 ЕО, що се отнася до приложението от Комисията на принципа на инвеститора, работещ в условията на пазарна икономика и нарушение на задължението за мотивацията относно някои елементи взети под внимание при изчисляване на подходящото възнаграждение

304. Ищците, поддържани от Федерална република Германия се позовават на нарушение на задължението за мотивацията относно някои елементи взети под внимание при подобаващото заплащане на въпросния апорт, а в случай, че тълкуването на понятието държавна помощ се приеме за правилно от Съда те оспорват приложението на принципа на инвеститора, работещ в условията на пазарна икономика направено в оспорваното решение. На първо място, те изтъкват, че оспорваното решение не взема под внимание особеностите на оспорваната операция, на второ място що се отнася до собствените капитали, които не могат да бъдат използвани от WestLB, за да разширят търговските си дейности от една страна, те се позовават на погрешна мотивацията относно фиксирането на възнаграждението на тези капитали на 0,3 % след приспадане на данъка, а от друга те поддържат становището, че увеличаване на имуществото от страна на WestLB не се отнася до капиталите. На трето място, когато става дума за капитала на WfA използваем за гарантиране на търговските операция на WestLB, ищците от една страна, се позовават на

погрешна мотивация, що се отнася до различни елементи до изчисляването на подобаващото възнаграждение и от друга страна, отричат основателността на заплащането, което е било изчислено от Комисията.

1. Липса на вземане под внимание на особеностите на оспорваната операция

а) Аргументи на страните

305. Ищците, и в частност Land, изтъкват че Комисията е допуснала явна грешка в преценката си, когато е приложила в оспорваното решение принципа на частния инвеститор като не е взела под внимание някои особености на оспорваната операция.

306. Те изтъкват на първо място, що се отнася до инвеститора, че оспорваната операция е била единствения възможен начин да се подобри рентабилността на WfA и да се задейства концепцията за държавна банка като има предвид новите изисквания за ликвидност. Второ, като се има предвид мисията от общ интерес на WfA, не е било възможно да се постигне много голяма възвръщаемост на неговите капитали. Тъй като поради осъществяването на оспорваната операция Land е успял да получи значителни приходи, запазвайки ограниченията в имуществото на WfA, операцията е представлява възможно най-изгодното от икономическа гледна точка им използване на това имущество.

307. В случай на оттегляне или на разпускане на WestLB, стойността на WfA, евентуално увеличена би се върнала единствено на Land. На четвърто място, тъй като имуществото на WfA представлява гаранция от втора степен във вътрешните отношения, то използването на имуществото на WfA при гаранционни операции би било малко вероятно, дори в трудно допустимия случай на загуби от страна на WestLB. На пето място, операцията е произвела ефект на натрупване в размер на 30 милиона DEM годишно, които са част от предвидената възвръщаемост.

308. На шесто място, ищците изтъкват, че имуществото на WfA не е ликвиден капитал, но има точно предназначение, което оспорваната операция не е променило и това намалява стойността му. В това отношение те изтъкват, че Комисията неточно е преценила неблагоприятните обстоятелства свързани с липсата на ликвидност на имуществото на WfA. Ищците считат, че за да се изчисли подобаващото възнаграждение, единствено гледната точка на инвеститора е от значение. Следователно противно на това, което твърди Комисията в оспорваното решение (вж. точка 45 по-горе), данъчното приспадане на разходите по рефинансиране на WestLB не е от значение за това изчисляване и процента на рефинансиране от 8,26 % трябва изцяло да се извади от процента на възвръщаемост на собствения ликвиден капитал. От друга страна, една икономия на данъци върху дружествата е в данъчно отношение неутрална, защото води при инвеститора до намаляване на разполагаемото, което произтича от процедурата по компенсация на данъка върху дружествата в сила в Германия по време на оспорваната операция. Накрая, поради липса на трансфер на ликвидност, риска за Land е многократно намален, нещо което би следвало да доведе Комисията да направи допълнително намаление на подобаващото възнаграждение.

309. За сметка на това, Комисията поддържана от BdB, счита че тя коректно е взела под внимание особеностите на оспорваната операция и обяснява защо тя не би могла да направи различна преценка от тази на оспорваното решение. Първо, тя счита, че е взела под внимание първоначалното положение на Land като инвеститор, но подчертава, че нейната преценка на тази ситуация е различна от преценката на ищците. Второ тя отрича влиянието на аргументите на ищците относно мисията от обществен характер на WfA като изтъква между другото, че ищците смесват ролята на държавата като предприемач и ролята при упражняване на нейния суверенитет.

310. На трето място, Комисията изтъква, че приоритетното право на Land на възнаграждение за оспорваната операция е по-скоро следствие на факта, че Land не е имал разширени права на собственост поради отстъпването на активи. На четвърто място, тя отрича състоятелността на аргумента според който имуществото на WfA представлява само второстепенна гаранция във вътрешните отношения като изтъква, че разполагаемата гаранция преди операцията е била от 5,1 милиарда DEM, и че активите на WfA са били оценени според баланса на WestLB на 5,9 милиарда DEM, от които 4 милиарда са били признати от Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen. На пето място, тя счита, че ефектът на събиране не може да бъде считан като част от заплащането на капиталите на WfA, тъй като той не води до никакви разходи за WestLB.

311. На шесто място, що се отнася до специфичния характер на фондовете на WfA, тя изтъква между другото факта, че капитала на WfA е бил приет като собствени базови фондове и това доказва, че той е реално разполагам за WestLB, за да може тя да покрие евентуални загуби. Тези фондове следователно носят конкурентно предимство на WestLB на пазара на финансовите услуги.

312. В това отношение Комисията поддържа, че тя правилно е взела под внимание неудобството свързано с липса на ликвидност на фондовете в изчисляване на подобаващото възнаграждение. Тя добавя, че за се определи подобаващото възнаграждение на базата на принципа на инвеститора работещ в условията на пазарна икономика, определящото е начинът по който бенефициентът гледа на конкретното предимство, което му е дадено. Така единствено нетните разходи по рефинансирането, а именно разходите, които не са компенсирани от по-нисък данък могат да се вземат под внимание като допълнителни разходи оправдани от особения характер на трансферирания капитал. Още повече Комисията припомня, че тя счита, че фискалните предимства свързани с процедурата по компенсация не играят никаква роля при изчисляване на подобаващото възнаграждение. Тя добавя още че допълнително намаляване, мотивирано от ограничения риск за Land не би било оправдано.

б) Преценка на Съда

313. Що се отнася до първия и втория от аргументите на ищците, трябва първоначално да подчертаем, че в рамките на приложение на принципа на частния инвеститор не е достатъчно да се сравни възвръщаемостта, която Land получава от оспорваната операция, с този който би получил за имуществото на WfA преди тази операция. В действителност е безспорно, че имуществото на

WfA, която има за единствена цел да подпомага жилищното строителство не е било подчинено на логиката на един частен инвеститор, за сметка на това трябва да се сравни възвръщаемостта постигната от Land, благодарение на спорната операция с възвръщаемостта на един хипотетичен частен инвеститор, който в рамките на възможното се е намирал в същата ситуация, като Land и каквато възвръщаемост той би поискал в тази операция (вж. в този смисъл Решение DM Transport, упоменато по-горе, точка 25).

314. Но, трябва да подчертаем, че при обикновена ситуация един частен инвеститор не се задоволява с това дадена инвестиция да не му носи загуби или да му носи ограничени печалби. Той търси максимален размер на възвръщаемост на своята инвестиция предвид конкретните обстоятелства и с цел задоволяване на интересите си в краткосрочен, средносрочен и дългосрочен план. Включително и в случая, когато инвестира в дадено предприятие, където вече има участие.

315. Що се отнася до позицията на Land като инвеститор, факта че оспорваната операция е разумна за Land не го поставя извън обсега на приложението на правото на Общността относно държавните помощи. Този факт не отклонява необходимостта да се знае дали тази операция засилва позициите на WestLB като дава предимство, което тя не би получила при нормални пазарни условия.

316. Същото важи и относно аргумента представен от ищците по-късно, според който операцията представлявала най-доброто от икономическа гледна точка, използване на имуществото на WfA. От друга страна, съдът счита, че Комисията не е направила погрешна преценка, когато не е взела под внимание при изчисляване на възнаграждението за оспорваната операция това което би изчислил и един частен инвеститор и не е взела под внимание също така, печалбата която Land би получил от участието си в увеличението на оборота на WestLB. В това отношение трябва да отбележим, че ищците не са претендирали, че подобно увеличение би надвишило това което други банкови институции биха получили през същия период и при подобни обстоятелства. При липсата на подобни обстоятелства не може да се счита, че печалбите за Land произтичащи от увеличението на оборота на WestLB са последствия от оспорваната операция. Така че да бъдат взети под внимание при изчисляване на възнаграждението за оспорваната операция, така както би го пресметнал един частен инвеститор. При всички случаи трябва да отбележим, че упоменатото увеличение е довело до печалби и за другите съдружници на WestLB, без те с нищо да са допринесли, нещо което не отговаря на поведението на един инвеститор работещ в условията на пазарна икономика.

317. Що се отнася до аргумента на Land, базиращ се на увеличението на данъчните приходи, трябва да подчертаем, че положението на Land като държавна институция и положението му като предприемач не трябва да бъдат смесвани. Това увеличение на приходите би било напълно без значение за един частен инвеститор.

318. Що се отнася до третия аргумент, според който в случай на оттегляне или ликвидация на WestLB, стойността на WfA, евентуално увеличена би се върнала сто процента към Land, трябва да отбележим от една страна, че

увеличаването на тази стойност не е сигурно, и че аргументът предполага хипотеза, която е нежелателна за ищците и която е против целите на оспорваната операция. В действителност един подобен аргумент предполага, че WestLB ще бъде закрита или че имуществото на WfA ще бъде извадено от това на WestLB. В двата случая, оспорваната операция, чрез която WfA е била интегрирана в WestLB, би била обезсмислена, от друга страна, факта че стойността на WfA, евентуално увеличена би се върнала към Land в случай на отделяне в нищо не променя изкривяването, което оспорваната операция междуременно би могла да произведе в областта на конкуренцията, нито изключва възможността тази операция да представлява икономическа изгода отпусната от Land на WestLB, която последната не би получила в нормални пазарни условия.

319. Що се отнася до четвъртия аргумент на ищците относно факта, че имуществото на WfA представлява второстепенна гаранция във вътрешните отношения между държателите на социални дялове в WestLB, и в това отношение не бихме могли да считаме, че Комисията е направила значителна грешка като е преценила, че този факт не оправдава намаляване на исканото възнаграждение за спорната операция. И в действителност трябва да отбележим, първоначално че тази гаранция съществува само между различните държатели на социални дялове. Напротив по отношение на външните връзки имуществото на WfA не се ползва с никаква защита в отношенията между WestLB и кредиторите. От друга страна, дори що се отнася до вътрешните отношения размера на апорта на WfA по отношение на всичките собствени капитали на WestLB, а именно 5,9 милиарда DEM по отношение на 11 милиарда DEM, които представляват общия размер на собствените капитали на WestLB след спорната операция е приблизително 53,63 % от общия размер, доста намалява значението на претендирания слабо рисков характер на гаранцията тежаща върху апорта реализиран от оспорваната операция.

320. Като става дума за пети аргумент, базиращ се на съществуването на ефект на събиране, който би трябвало да бъде взет под внимание при изчисляване на очакваната възвръщаемост, трябва да припомним, че така както беше подчертано в точка 314 по-горе, нормално е един частен инвеститор да не се задоволява с това да избягва загуби или да получи ограничена възвръщаемост за своята инвестиция, а да се опита да максимализира възвръщаемостта на имуществото си имайки предвид конкретните обстоятелства и интересите си. Трябва първоначално да припомним, че ефекта на събирането не представляват разход или неблагоприятно обстоятелство за WestLB, за да може последната да получава компенсация под формата на по-малко заплащане на апортираните капитали. Но е възможно да се предвиди, че един частен инвеститор на мястото на Land не би приел едно по-слабо заплащане за своята инвестиция поради едно не пряко предимство, което би извлякъл от последното, но което не би довело до никакви отрицателни последици за WestLB. От друга страна, ако WestLB, вместо да сключи спорната операция с Land е трябвало да се финансира при някой частен инвеститор, който не би могъл да се ползва с ефекта на събирането, тя все пак би следвало да заплати едно възнаграждение съобразено с това, което се предлага на пазара. При тези обстоятелства не може да считаме, че Комисията е направила погрешна преценка като е приела евентуалното съществуване на ефекти на събиране в полза индиректно на Land е

представлявало за последния една допълнителна облага произтекла от оспорваната операция, което не оправдава намаляването на елемента държавна помощ тъй както го е преценила Комисията.

321. Когато става дума за шести аргумент относно вземането под внимание на ограничения характер на апорта на WfA във WestLB, съдът припомня, че въпросът тука е да се знае какъв е точния размер на не ликвидния характер на капитала на WfA и неговото влияние при изчисляването на подобаващото заплащане на спорната операция. По-точно страните се сблъскват по въпроса дали при подобно изчисляване трябва или не да се вземат под внимание разходите по рефинансиране на WestLB, като експлоатационни разходи, които намаляват облагаемия доход и следователно данъка върху дружествата, който тя следва да плати.

322. Но трябва да припомним, че член 87, параграф 1 ЕО има за цел да предотврати накърняването на обмена между държавите-членки посредством предимства дадени от държавните власти под различни форми и опасността те да накърнят или заплашат конкуренцията облагодетелствайки някои предприятия или производства.

323. С цел да определим дали намесата на държавните власти в капитала на едно предприятие има характер на държавна помощ трябва да преценим дали при подобни обстоятелства един инвеститор работещ в нормални пазарни условия с величина, която може да бъде сравнена с тази на държавните органи би направил същия капиталов апорт. В частност трябва да се питаме дали един частен инвеститор би реализирал въпросната операция при същите условия и ако не да се помъчим да разберем при какви условия той би реализирал (вж., упоменатата съдебна практика в 245 по-горе).

324. В случая съгласно разсъжденията изложени в точка 313 по-горе, трябва да определим каква би била възвръщаемостта, която един предполагаем частен инвеститор би искал за оспорваната операция при подобни обстоятелства.

325. Тъй както е отбелязано в точки 180, 207 и 243 по-горе, крайната цел е да се определи дали предприятието бенефициент получава икономическата изгода, която не би получила при нормални пазарни условия.

326. В това отношение противно на това, което изтъкват ищите не може да се счита, с изключение на вземането под внимание на данъчното приспадане на разходите по рефинансиране на WestLB, че за да се изчисли подобаващото възнаграждение единствена валидна е гледната точка на инвеститора.

327. В действителност, при приложение на правото на Общността относно държавните помощи не може да се смята, че разсъждението свеждащо се до проверка дали една операция се е провела в нормални пазарни условия трябва единствено да се прави с оглед само на инвеститора, или с оглед на единствено предприятието бенефициент на инвестицията, докато взаимовръзката между различните икономически играчи е именно една от характерните черти на пазарната икономика.

328. Така в рамките на преговорите при нормални пазарни условия, за един частен инвеститор намиращ се в същата ситуация като Land би било невъзможно да се изолира от липсата на ликвидност на капитала на WfA. Един инвеститор би следвало да вземе под внимание гледната точка на WestLB и факта, че за последната, капитала на WfA би имал ограничена полза. И наистина той не би следвало да иска за този капитал едно подобно възнаграждение като за ликвиден капитал.

329. По същия начин в една операция като оспорваната операция, отнасяща се до капитал със значителен размер би било оправдано да смятаме, че един частен инвеститор би взел под внимание действителната цена за WestLB на липсата на ликвидност на капитала на WfA и от тук частичното данъчно приспадане на цените на разходите по рефинансирането, които следват.

330. От друга страна, когато става дума за аргумента, според който една икономия относно данъка върху дружествата, общо взето е неутрална във фискален план, защото тя би довела у инвеститора до намаление на имуществото в резултат на данъчната компенсация и трябва да отбележим, както ще бъде показано по-долу (вж. точки 388 - 393), липсата на вземане под внимание от страна на Комисията на процедурата по компенсация на данъка върху дружествата действащи в Германия по време на оспорваната операция, не би могло да постави под въпрос валидността на пресмятането относно подобаващото възнаграждение.

331. В заключение, трябва да заявим, че оспорваното решение не съдържа в себе си грешна преценка, дотолкова доколкото при оценяване на всички елементи на оспорваната операция за изчисление на подобаващото възнаграждение на последната, Комисията е преценила, че липсата на ликвидност на капитала на WfA трябва да се вземе под внимание при нетните разходи за не финансиране, която се отнася до нея и следователно, дотолкова доколкото разходите до рефинансиране водят до намаление на данъка върху дружествата, които трябва да бъде платен от WestLB. Следователно шестия аргумент на ищите трябва да бъде отхвърлен.

332. На края трябва да разгледаме още и аргумента представен от ищите в рамките на тяхното оспорване на използването на средната възвръщаемост, а именно, че Комисията не е взела под внимание, факта че частните инвеститори могат да преследват други цели освен оптимизацията на възвръщаемостта на своите капитали например по причина ефектът, който следва от качеството на собственика (вж. точки 216 и 222 - 226 по-горе).

333. В това отношение трябва да отбележим, че ищите се ограничават само в общ план да изкажат значението на факта, че частните инвеститори могат да преследват други цели освен оптимизацията на възвръщаемостта на тяхната инвестиция и от друга страна, това трябва да се прилага в случая и към Land.

334. Въпреки това те не обясняват в каква конкретна степен, това поставя под въпрос законността на оспорваното решение. В частност те не обясняват защо и в каква степен тя оправдава намаление на елемента държавна помощ изчислен от Комисията, по отношение на възвръщаемостта, на която би се надявал Land

от капитала на WfA, съобразно принципите на частния инвеститор. Следователно трябва да приемем, че ищите не са доказали значението в случая на тази констатация и не могат по законен начин да упрекнат Комисията, че не я е взела под внимание.

335. От друга страна, когато става дума в частност за аргумента, основаващ се на ефекта произведен от качеството на собственик, трябва да припомним, така както беше отбелязано в точка 314 по-горе, че нормално един частен инвеститор не се задоволява само да избегне загубите или да получи ограничена възвръщаемост за своята инвестиция, но се мъчи да максимализира възвръщаемостта на своето имущество предвид обстоятелствата и интересите си, включително в случая на инвестиране в предприятие, в чийто социален капитал той вече има участие.

336. От друга страна, като става дума за вземане под внимание от страна на Комисията на всички елементи от значение за оспорваната операция и нейния контекст, трябва да подчертаем, така както е отбелязано в точка 197 по-горе, че ищите не са се позовали на обстоятелство, според което оспорваното решение е незаконно на основание на това, че са изпълнени условията на член 86, параграф 2 за да се изключи WestLB от приложението на правилата за конкуренция.

337. От казаното до тук следва, че съображенията на Комисията относно особеностите на оспорваната операция не крият в себе си явна грешка в преценката. От тук нататък твърдението за нарушение базиращо се на не законосъобразността на оспорваното решение в това отношение трябва да се отхвърли.

2. Подобаващото заплащане за размера от 3,4 милиарда DEM от имуществото на WfA не е могло да служи за гаранция на операциите предприети от WestLB

а) Аргументи на страните

338. Land твърди, че оспорваното решение е недостатъчно мотивирано, що се отнася до определянето на подобаващото възнаграждение в размер на 0,3 % след приспадане на данъците върху капиталите способни да бъдат гаранции на кредитите, които не могат да бъдат използвани от WestLB. Не би било възможно да се разбере по какви причини, Комисията взема под внимание някои фактори – включително размера на сумите в случая и обстоятелството, че специалните резерви на WfA са дадени на разположение на WestLB за неограничено време – и как тези фактори са били взети под внимание при изчисляване на процента на подобаващото възнаграждение.

339. От друга страна, ищите оспорват основателността на оспорваното решение в това отношение. Те поддържат становището, че никакво заплащане не би трябвало да има относно 3,4 милиарда DEM, които не могат да бъдат използвани от WestLB, за да разшири тя дейността си. Те считат, че тази част на апорта не дава икономическо предимство на банката, тъй като върху този размер 1,5 милиарда DEM представлява гаранционен капитал на операциите на WfA, а не на операциите на WestLB, и че останалото, а именно 1,9 милиарда

DEM, не се взема също под внимание от кредиторите на банката, за които оспорваната операция не е променила нищо.

340. Ответникът припомня, че е достатъчно ясно отбелязано в съображение 221 от оспорваното решение как той е стигнал до тези 0,3% след приспадане на данъците, за да се изчисли подобаващото възнаграждение за капитала, който е неизползваем от страна на WestLB. Той отбелязва, че размера от 0,3%, който по време на формалния период на проучване е бил подаден от немското правителство като комисионна за полученото от WestLB е бил увеличен, за да се вземат под внимание особеностите на капитала, а именно размерът и не ограниченото във времето ползване, а след това е бил изчислен след приспадане на данъците.

341. От друга страна, Комисията счита, че размерът от 3,4 милиарда DEM, който не може да служи за гаранция на собствените операции на WestLB носи икономическа изгода за последната, защото е вписан в баланса на WestLB като собствени допълнителни фондове и следователно увеличава нейната благонадеждност като представлява една допълнителна гаранция за кредиторите. Още повече тя отрича аргумента базиращ се на значението, което придобива тази банка. От тук нататък тя счита, че упоменатия размер трябва също да бъде взет под внимание, за да се определи подобаващото заплащане за трансфера на WfA.

б) Преценка на Съда

342. Що се отнася до мотивацията на оспорваното решение по тази точка, на първо място трябва да отбележим, че в съображение 220 от оспорваното решение Комисията отбелязва, че въпросните капитали имат материална стойност за WestLB, че икономическата им функция е сравнима с тази на залог или гаранция, и че за да се поеме подобен риск един инвеститор би изисквал подобаващо възнаграждение.

343. На второ място що се отнася до размера от 0,3 % на възнаграждението, трябва да констатираме, че както Комисията отбелязва в съображение 221 от оспорваното решение това е било потвърдено от ищите по време на изслушването, този процент е бил отбелязан от немското правителство като комисионна подходяща за банка такава каквато е WestLB.

344. Следва да направим заключение, че оспорваното решение от една страна, много ясно отбелязва причините довели Комисията да определи, че се полага възнаграждение за тези капитали и от друга страна е предоставила елементите, които помагат на ищите и на общия съд да разберат мотивите на избора относно изчисляването на възнаграждението за въпросните капитали. Упрекът отправен от ищите за недобра мотивация в това отношение следва да бъде отхвърлен.

345. Що се отнася до основателността на този избор, трябва да припомним, че дотолкова доколкото въпросните капитали са донесли предимство на WestLB, увеличавайки ликвидността е оправдано да смятаме, че един частен инвеститор би могъл да изисква заплащане за тези капитали. Що се отнася до процента

приложен от Комисията, трябва да припомним, че последния е бил определен от Федерална република Германия и е без значение в това отношение, че Комисията е преценила, че трябва да извърши последователно увеличение, след което намаление. От друга страна, ищците се позовават на факта, че WestLB не може да плати никакво възнаграждение относно въпросните капитали, но не обясняват защо финалният размер предложен от Комисията за подобаващо възнаграждение на тези капитали би следвало да бъде различен.

346. При тези условия не може да се смята, че решението на Комисията съдържа грешка в преценката относно изчисленото възнаграждение за размера от 3,4 милиарда DEM от имуществото на WfA, което не може да служи за гаранции на собствените операции на WestLB. Следователно упрекът свързан с незаконността на решението в това отношение следва да бъде отхвърлен.

3. Подобавашо възнаграждение за размера от 2,5 милиарда DEM от имуществото на WfA можещи да служат за гаранции на собствените операции на WestLB

347. Ищците поддържани от Федерална република Германия, изтъкват на първо място, че това възнаграждение трябва да се изчислява като се взема под внимание профила на специфичните рискове за имуществото на WfA, който е сходен с този на хибридните инструменти, присъединени към собствените фондове. На второ място, те считат че не е необходимо да се увеличава участието на Land в социалния капитал на WestLB, за да може оспорваната операция да не се счита за държавна помощ. На трето място, те твърдят че процента на крайно възвръщане от 9,3 % изискван от Комисията за този размер на имуществото на WfA не е мотивиран що се отнася до някои от елементите си и не е основателен по много показатели.

а) Сравнимост на трансфера на имущество на WfA с инструменти съставляващи собствени фондове

Аргументи на страните

348. WestLB изтъква, че за да може рисковия профил на имуществото на WfA да не се сравнява с този на социалния капитал, а с този на хибридните инструменти относно собствените фондове, такива каквито са пасивните участия „perpetual preferred shares” (привилегирани акции неограничени във времето) и дялови участия, така подобаващото възнаграждение за оспорваната операция трябва да се изчислява не като се сравнява трансфера на WfA с увеличение на социалния капитал, а като се сравняват тези хибридни инструменти с възнагражденията изплащани за последните, чиято стойност (между 9,3 % и 10,3 %) са различни от тези изисквани от Комисията в оспорваното решение като базова възвръщаемост (12 %). От друга страна, WestLB отрича основателността на забележките направени от Комисията в това отношение в оспорваното решение.

349. Комисията поддържана от BdB, оспорва този аргумент, като изтъква, че заради особеностите на имуществото на WfA, сравнението с хибридните инструменти, произтичащи от собствени фондове не представлява адекватна

база за определяне подобаващото възнаграждение на оспорваната операция. Тя обяснява по какво имуществото на WfA се различава по отношение на всеки от инструментите за сравнение отбелязани от WestLB.

Преценка на Съда

350. Изборът на Комисията що се отнася до елементите за сравнение при определянето на подходящия процент на възнаграждение на частта от имуществото на WfA не би могъл да се определи като погрешен. В действителност Комисията в съображения 193 - 201 от оспорваното решение, обяснява защо счита, че разликата между хибридните инструменти и оспорваната операция са такива, че сравнението на оспорваната операция с тези инструменти може да бъде много ограничено. В частност тя е привлякла вниманието върху фактът, че упоменатите хибридни инструменти от страна на ишците обикновено представляват една малка част от собствените фондове на една банка, противно на активите на WfA, които представляват почти половината от собствените базови фондове на WestLB.

351. При тези условия, дотолкова доколкото съвместимостта на имуществото на WfA с тези хибридни инструменти се отнасят до област, която е сложна в икономическо отношение и по отношение на която Комисията разполага с широко поле за преценка, трябва да отбележим, че заради пределите на съдебния контрол на този акт, прегледа на оспорваното решение в това отношение не е открило явна грешка в преценката способна да постави под въпрос неговата законност.

б) Необходимост да се увеличи участието на Land в WestLB

Аргументи на страните

352. WestLB твърди, че за да може оспорваната операция да не представлява държавна помощ не е било необходимо да се увеличи участието на Land в социалния капитал на WestLB, след като Land получава подобаващо възнаграждение за имуществото на WfA.

353. Комисията е съгласна по принцип с твърдението на WestLB и обяснява, че тя чисто и просто е декларирала в съображения 182 и 184 от оспорваното решение, че подобно увеличение на участието на Land в капитала на WestLB би бил едно от средствата, за да се получи подобаваща възвръщаемост по отношение на въпросните капитали, в противен случай Land би трябвало да получи подобаващото възнаграждение по друг начин.

Преценка на Съда

354. Трябва да приемем, че този аргумент на ишците е безпредметен. В действителност ишците и Комисията са съгласни по отношение на факта, че оспорваната операция не представлява държавна помощ, за да не представлява оспорваната операция държавна помощ не е било необходимо да се увеличи участието на Land в социалния капитал на WestLB, ако Land е получил подобаващото възнаграждение за имуществото на WfA. Остава да се определи

дали Комисията е направила явна грешка в преценката като е преценила, че възнаграждението в резултат на оспорваната операция не е било подходящо в контекста, в който Land не е увеличил участието си в социалния капитал на WestLB.

в) Относно финалния процент на възвръщаемост от 9,3 %

355. Ищците твърдят, че финалния процент на възвръщаемост от 9,3 % изискван от Комисията като подобаващо възнаграждение за оспорваната операция не е мотивиран що се отнася до някои елементи и не е основателен що се отнася до други.

356. Първо, ищците се позовават на грешна мотивация, що се отнася до фиксирането на 12 % на базова възвръщаемост след приспадане на данъците за изчисляване на крайното подходящо възнаграждение (по-долу „процент на базовата възвръщаемост”), те твърдят, че този процент е грешен. На второ място, те твърдят, че съществува грешка в мотивацията относно увеличението за рискове от 1,5 % направени от Комисията по време на изчисляването на крайното възнаграждение и поддържат, че това увеличение не е оправдано.

i) Относно размера от 12 % на базова възвръщаемост

Аргументи на страните

357. Ищците твърдят, че оспорваното решение не позволява да се разберат първоначалните критерии на фиксиране на процента на базова възвръщаемост в размер на 12 % след приспадане на данъците. Те поддържат също така, че Комисията не е обосновала изискването си за този размер.

358. На първо място, що се отнася до типа на процент базова възвръщаемост използван от Комисията, ищците подчертават, че оспорваното решение крие в себе си двусмисленост що се отнася до въпроса дали отбелязания процент отговаря на възвръщаемостта на собствените фондове (Return on Equity, по-нататък „RoE”), или възвръщаемостта на инвестициите (Return on Investment, по-нататък „RoI”), които са различни. Те считат също така, че оспорваното решение не позволява да се разбере защо Комисията възприема възвръщаемост след приспадане на данъците. Land прибавя, че въпреки че в своята защита Комисията накрая е уточнила, че възвръщаемостта на един инвеститор не може да бъде единствено възвръщаемост „след данъци” платени от предприятието, но „преди данъци” платени от инвеститора, а това не личи достатъчно ясно от оспорваното решение.

359. В това отношение ищците констатираат важноста за тази цел на тълкуванието дадено на оспорваното решение от Комисията в своята писмена защита. WestLB прибавя още че факта, че Комисията наистина се е базирала в решението си на възвръщаемостта след приспадане на данъците излиза между другото от един проект на оспорваното решение и моли Съда да нареди на Комисията да представи всички варианти на проекта на оспорваното решение.

360. На второ място, ищите поддържани от Федерална република Германия изтъкват, че Комисията трябвало да вземе под внимание съществуването на данъчен кредит произтичащ от процедурата за компенсация относно данъка върху дружествата, действащ в Германия по времето на оспорваната операция. Те твърдят, че Комисията погрешно смесва възвръщаемостта преди данъка на инвеститора с възвръщаемостта след данъка изплатен от предприятието. Те поддържат, че това сравнение не държи сметка за последствията по отношение на заинтересованите от фискалния режим, който е приложим спрямо тях. Резултатите от сравнението на възвръщаемостта направена от Комисията са деформирани във вреда на ищите, това което нарушава принципа на инвеститора работещ в условията на пазарна икономика.

361. Те отбелязват, че противно на други инвеститори, когато Land плаща данъци върху дивидентите, той няма право на данъчен кредит, за да приспадне от данъчната си тежест относно данъка върху печалбата отговарящия размер на данъците върху печалбите вече платени от предприятието, от което Land получава дивиденти. Чрез ефекта на тази процедура за компенсация RoE след данъците платени от предприятието винаги се различава от RoI преди данъка на инвеститора с размер поне равен на размера на данъка върху дружествата.

362. Ищите правят извода, че за да се осигури сравнимостта на възвръщаемостта трябва да се даде на инвеститорите, които нямат право на данъчен кредит един фиктивен кредит. Така според WestLB, след като е фиксиран процент на възвръщаемост на базата на 12 %, Комисията би следвало да вземе под внимание един фиктивен данъчен кредит от 5,5 % като елемент от прихода на Land. Алтернативно от тях би следвало да свали от 12 до 6,45 % RoI преди данъците. За Land единствения дивидент за раздаване от 6,48 % най-много би могъл да бъде изискан от WestLB.

363. Що се отнася до аргумента на VdB и на ответника, според който процедурата за компенсация не се прилага към заплащането договорено за капитала на WfA, ищите поддържат становището, че интереса на техните заключения в това отношение се състои да противопоставят гледната точка поддържана от Комисията с фискалната ситуация на един частен инвеститор, работещ в условията на пазарна икономика, която тази институция взема за модел.

364. На трето място ищите твърдят, че съществува грешка при мотивирането на определянето стойността на процента базова възвръщаемост използван от ответника.

365. В това отношение, ищите отричат отражението на елементите изброени в съображение 209 от оспорваното решение и отбелязват в частност, че самото позоваване на Решение 98/490/ЕО на Комисията от 20 май 1998 г. относно помощите отпуснати от Франция на групата Crédit Lyonnais (ОВ L 221, стр. 28), без обяснение относно сходните черти съществуващи между двете дела не би могло да представлява достатъчна мотивация.

366. Land поддържа, че тази грешка в мотивацията на оспорваното решение е още по-явна поради факта, че Комисията се базира изключително и вероятно за

първи път в това решение на бъдещата възвръщаемост като следователно изисква минимална такава. Тя не се основава например на възвръщаемост от страна на подобни предприятия, действително осъществена в икономически сектор сравним със засегнатата държава-членка. Но паралелите, за да се определи исканата възвръщаемост и параметрите, които са използвани в това отношение не могат да бъдат изведени от мотивите на решението. От друга страна, като отговаря на възраженията на Комисията, Land насочва вниманието върху факта, че откъси от оспорваното решение упоменати от ответника наистина показват, че предполагаемата възвръщаемост е основния ориентир в избора на един инвеститор според последната, тези откъси не включват аналозите и параметрите, които един инвеститор би взел под внимание от тази цел.

367. WestLB прибавя, че Комисията не е разгледала въпроса какъв е пазара, за който става дума или „засегнатия сектор” сред който следва да очакваме средна възвръщаемост върху която тя е базирала решението си и този въпрос се явява основен, за да се определи в една процедура относно правата върху помощите средната възвръщаемост, която може да се очаква в рамките на определен икономически бранш.

368. Land също така изтъква, че след като не е отчела някои основни аргументи от анализа и данните и сведенията дадени от Федерална република Германия относно процентите на базова възвръщаемост, Комисията не е дала никакви мотиви в това отношение (Решение на Съда от 28 април 1993 г., Италия/Комисия, по дело C-364/90, Recueil, стр. I-2097, точки 44 и 45).

369. Комисията възражава, че оспорваното решение не съдържа погрешна мотивация относно базовия процент на възвръщаемост от 12 % след приспадане на данъците и поддържа, че този процент е оправдан.

370. На първо място ответникът оспорва твърдението, според което оспорваното решение не е мотивирано, що се касае до типа процент от базова възвръщаемост, която е била използвана.

371. На второ място, Комисията подпомагана от VdB, оспорва аргумента, според който данъчният кредит е резултат от процедура по компенсиране и трябва да се вземе под внимание, като елемент на възнаграждението на инвеститора. Комисията счита, че този данъчен кредит визира изключително да се компенсира загубата в резултат на двойното данъчно облагане. Тя оспорва също така, основателността на изводите относно данъчната област направена от ищците в това отношение и обяснява защо изчисляването на данъчната тежест не може глобално да бъде взето под внимание за да се определи средната възвръщаемост на инвеститора работещ в условията на пазарна икономика.

372. VdB и Комисията изтъкват още че процедурата за изчисляване на данъка върху дружествата, абсолютно е неприложима относно възнаграждението договорено за капитала на WfA, защото това възнаграждение е фиксирано, докато тази процедура в Германия се прилага единствено, когато инвеститора получава от предприятието обезщетение под формата на участие в печалбата.

373. На трето място, що се отнася до претенциите за погрешна мотивация относно стойността на процента базова възвръщаемост използвана от ответника, последния подчертава, че в съображение 209 от оспорваното решение изрично е отбелязала, че базите за изчисляване на въпросния процент, а именно собствения му опит, няколко декларации и изследвания от инвестиционни банки и консултантски дружества относно истинската възвръщаемост на собствените капитали и на инвестициите, становищата съобщени от засегнатите страни, а също така и едно предишно решение на Комисията относно капиталите дадени на разположение на една държавна банка от страните.

374. Комисията поддържана от BdV, изтъква, че обясненията в това отношение съдържащи се в съображения 206 - 209 от оспорваното решение, трябва да бъдат четени в тяхната съвкупност и най-вече в контекста на множеството размени, които е имала по този въпрос Комисията и участниците в административната процедура и като се има предвид и факта, че Комисията се е позовавала на критерии, които WestLB е знаела в качеството си на икономически оператор в сектора.

375. Ответникът счита, че съдът не му налага да дава на ищците подробен списък на методите и информационните източници или отчет на математическите разсъждения използвани в конкретния случай като упоменава съвкупността от елементите за пресмятане, които са взети под внимание (Решения на Съда от 9 ноември 1995 г., Atlanta Fruchthandelsgesellschaft и други, по дело C-466/93, Recueil, стр. I-3799, точка 16; от 29 февруари 1996 г., Комисия/Съвет, по дело C-122/94, Recueil, стр. I-881, точка 29; от 12 ноември 1998 г., Италия/Съвет, по дело C-352/96, Recueil, стр. I-6937, точка 41).

376. Комисията изтъква, че в контекста на приложение на принципа на инвеститор, работещ в обичайните условия на пазарна икономика, тя е добила значителен опит относно въпросите отнасящи се до капиталовите апорти от страна на държавни органи, на възвръщаемост предвидена от инвеститорите и относно транзакциите отнасящи се до капитали в сектора на финансовите услуги. Комисията припомня, че от една страна е взела под внимание в оспорваното решение съображенията изложени в изследването на First Consulting, които служат за мотивиране на това решение и от друга страна е взела под внимание документите представени от Федерална република Германия, както това се доказва от детайлния отчет отнасящ се до доклада на Lehman Brothers.

377. Комисията поддържа, че оспорваното решение не се позовава на Решение 98/490 относно Crédit Lyonnais единствено в смисъл, че то представлява един пример показващ, че задълбочените анализи на европейския банков сектор и приложението на принципа на инвеститор работещ в условията на пазарна икономика са позволили да се констатира, че може да се фиксира на 12 % възвръщаемостта предполагаема за един инвеститор в тази банка. Тя обяснява, че не е просто прехвърлила стойността на процента отбелязан в Решение 98/490, и че се е позовала на него единствено, за да подчертае подобаващия характер на процента на възнаграждение приет в оспорваното решение. От друга страна, Комисията оспорва позоваването направено от Федерална република Германия

на Решение Alitalia/Комисия, упоменато по-горе, като подчертава, че в същото процента на възвръщаемост използван в Решение 98/490 е било само един от източниците на информация, на които се е позовавала Комисията. Плюс това този процент не е служил да се разгледа въпроса дали инвестицията представлява помощ, както в решението станало предмет на присъденото по делото Alitalia/Комисия, упоменато по-горе, но е служило само, за да се установи дали Crédit Lyonnais след оздравяването е имал необходимата стабилност.

378. Що се отнася до изчисляването на минималната възвръщаемост предвидена спрямо базовия процент от 12 % след заплащането на данъка върху дружествата, който през 1991 г. един инвеститор е очаквал от своя капитал от съображение 209 от оспорваното решение е видно, че Комисията се е базирала на средната възвръщаемост получена в банковия сектор, след като „в практиката предприятията трябва да убеждават инвеститорите в своите възможности да осигурят поне средната възвръщаемост на апортираните капитали”. В тази рамка всяко „едно предприятие не отговаря на тези очаквания инвеститорът би могъл да се обърне към това, което му дава по-добра перспектива”.

379. Комисията твърди, че на базата на документи, чието съдържание е описано в оспорваното решение ищите са могли да разберат защо е прието минимален размер на възвръщаемост от 12 % след приспадане на данъците платени от предприятието. Тя прибавя, че тази стойност не се отклонява от стойностите предложени в доклада на Lehman Brothers, който WestLB е поръчала.

380. Ответникът отхвърля също така критиката на Land, според която Комисията не е взела под внимание реалната възвръщаемост при подобни предприятия, а се е позовала тъй като е за първи път в нейната практика на предполагаема бъдеща възвръщаемост като е приела една минимална възвръщаемост, без да е отбелязала проекциите, които трябва да бъдат направени и основните параметри използвани в този случай. Той приема, че е взел под внимание основно предполагаемата възвръщаемост, защото последния определя избора на инвеститор, но твърди, че е изложил детайлно този елемент (вж., например, съображения 162, 167, 171, 208 и 209 от оспорваното решение).

381. Накрая Комисията отрича обвинението, че не е взела под внимание основните аргументи изложени от Федерална република Германия. От оспорваното решение е видно, че тя е изследвала много детайлно и задълбочено съвкупността от твърдения и аргументи на заинтересованите (вж., между другото, съображения 121 - 138 от Решението).

Преценка на Съда

382. На първо място, що се отнася до мотивацията на избора от страна на Комисията на базов процент на възвръщаемост изчислен след приспадане на данъците, трябва да подчертаем, че наистина изплатеното възнаграждение от страна на WestLB на Land отговаря на една възвръщаемост след приспадането на данъците на предприятието, но преди данъка на инвеститора. Реалното възнаграждение изплащано годишно от WestLB е било 0,6 % след приспадане

на данъците, дължани от предприятието или 1,1 % преди данъците дължани от последното.

383. Но в случая, Комисията е фиксирала помощния елемент като се е позовала на възнаграждението на Land след дължимите данъци от страна на предприятието, предвидено от оспорваната операция, което е сравнила с възнаграждението сметнато от нея за подходящо в тази операция. Тази констатация е видна най-вече от таблица № 7 от оспорваното решение (съображение 232), която прави изваждане на „реалното възнаграждение (след данъци)” от „пазарното възнаграждение”, а също така и от точността, според която въпросния процент отговаря на „минималната възвръщаемост предполагаема в размер на 12 % след данъци” използвана в съображение 209 от оспорваното решение. Тя произтича също така и от съображение 69 и от последната фраза на съображение 121 от оспорваното решение.

384. Така ако реалното заплащане определяно от страните по оспорената операция, която служи за база за сравнение направено от Комисията отговаря на една възвръщаемост след данъци дължани от предприятието и преди данъци дължани от инвеститора, докато изчисленото заплащане от Комисията не може да отговаря на същия тип възвръщаемост, за да служи като база за изчисление. Става дума за един фактор, който ищците и Федерална република Германия не са могли да не знаят, след като Комисията не само е обяснила своята позиция в теоретичен план, но и след това е изчислила точните размери на помощта, която трябва да се върне от страна на WestLB според същия критерии.

385. От друга страна, в контекста на решението позоваването направено в бележка № 45 на „нетните възвръщаемости” е също така от значение в случая. Фактът, че понятието „нетни възвръщаемости” трябва да се разбира като възвръщаемост след данъци дължани от предприятието, но преди данъци дължани от инвеститора, произтича от логиката на употребата на това понятие в контекста на анализа извършен в оспорваното решение. В действителност това решение анализира спорната операция от гледната точка на частен инвеститор, за който възвръщаемостта, която трябва да се вземе предвид, когато избира своята инвестиция е възвръщаемостта след данъците дължани от предприятието.

386. В заключение трябва да отбележим, че самите изрази на оспорваното решение позволяват на ищците и на Федерална република Германия да разберат, че базовия процент на възвръщаемост използван от Комисията се отнася до възвръщаемост след данъците дължани от предприятието, но преди данъците дължани от инвеститора. Аргумента на ищците базиращ се на грешна мотивация от това, че процента е определен след данъците следователно трябва да бъде отхвърлен.

387. В това отношение трябва още да отхвърлим молбата на WestLB целяща да накара Комисията да представи всички варианти на проекта на оспорваното решение, за да провери какъв е типът на процента на базова възвръщаемост използван от Комисията. В действителност те не дават никакъв решителен аспект за контрол на законността, която общността трябва да извърши, след като анализа на текста на оспорваното решение е достатъчен, за да се

провери дали задължението за мотивация е било изпълнено от Комисията в това отношение (вж. упоменатата съдебна практика в точка 92 по-горе).

388. На второ място що се отнася до аргумента относно приетата процедура по компенсации на данъка върху дружествата в сила в Германия по време на оспорваната операция (по-нататък „процедура по данъчен кредит“), трябва да определим дали данъчния кредит, който произтича от тази процедура трябва да бъде взет под внимание като елемент на възнаграждението на инвеститора в рамките на изчисляване на подобаващото възнаграждение за оспорваната операция.

389. В основни линии тази процедура се характеризира с факта, че за да се избегне двойно данъчно облагане на печалбите на предприятията на първо време с цел определяне на данъчната основа на всеки инвеститор, това което плаща предприятието като данък печалба на дружествата тежи върху акционера съобразно частта от социалния капитал, който държи, като доход, което се прибавя по този начин към размера на действително получените дивиденди от последния. Данъка върху дохода, който трябва да се плати от инвеститора следователно се изчислява съобразно сумата, която е резултат от това събиране, но инвеститора се ползва при изпълнение на данъчното задължение от данъчен кредит отговаряща на сумата платена от предприятието като данък печалба на предприятието и следователно от социалния капитал, който държи, следователно се приспада от сумата на данъчното задължение на инвеститора.

390. Ищците изтъкват, че резултатите от сравненията на възвръщаемостта направени от Комисията са деформирани в тяхна вреда и в противоречие с принципа на инвеститора работещ в условията на пазарна икономика, поради липсата на вземане под внимание на данъчния кредит като част от възвръщаемостта на инвеститора.

391. В случая първо трябва да подчертаем, че както вече беше обяснено (вж. точка 386 по-горе) от самите изрази на оспорваното решение, че типът процент на възвръщаемост използвана от Комисията отговаря на възвръщаемост след данъка дължим от предприятието, но преди данъка дължим от инвеститора и следователно визира действително изплатените от последния дивиденди. Възвръщаемостта използвана от Комисията като изходна точка за своето изчисление, следователно не включва данъчния кредит, който един частен инвеститор би могъл да получи по време на оспорваната операция.

392. Изборът на Комисията не би могъл да се счита за неправилен. Противно на това, което се случва с частните инвеститори процедурата на данъчния кредит не се прилага към Land. В действителност процедурата на данъчния кредит визира само да компенсира евентуално двойно облагане на печалбите на дружествата. Но Land не е подчинен на данъка върху дивидентите, които получава от WestLB, и тези дивиденди следователно не са подчинени на двойно облагане.

393. При тези условия факта, че данъчния кредит не е бил взет под внимание, за да се определи подобаващото възнаграждение за инвестицията на Land не е в

състояние да деформира сравнението направено от Комисията. Следователно аргумента на ищите в това отношение трябва да бъде отхвърлен.

394. На трето място, що се отнася до мотивацията на стойността на процента на базова възвръщаемост използвана от Комисията, трябва да припомним, че единственото позоваване съдържащо се в това отношение в оспорваното решение, фигурира в съображение 209, и е следното:

„По време на своята анкета, Комисията заедно със своя собствен опит също така се е придържала към множество декларации и проучвания на инвестиционни банки и на консултантски фирми върху реалната и предполагаема възвръщаемост на собствените капитали и инвестиции, а също така и от позициите на различните страни. На базата на тези информации на своя опит в тази материя на статистиките на пазара и на предишните решения относно държавните помощи, Комисията прие като минимална възвръщаемост 12 % след данък върху тази инвестиция с характер на собствен капитал към датата на трансфера. (...)”

395. Първо трябва да констатираме, че сам по себе си текстът на оспорваното решение не позволява да се разберат фактите и съображенията, които придобиват съществено значение при избора направен от Комисията в оспорваното решение относно стойността на процента на базовата възвръщаемост, за да се изчисли подобаващото възнаграждение. В действителност в оспорваното решение Комисията се ограничава да изброи източниците на информация станали основа на нейния избор, но не взема тяхното съдържание, за да обясни в каква степен и кои съображения е взела под внимание, за да приеме решението си.

396. Второ, трябва да признаем, че позоваванията направени от Комисията не могат също така да ни позволят да се разбере избора в това отношение. И в действителност що се отнася до „декларации и изследвания на инвестиционни банки и на консултантски фирми”, а също така „становища съобщени от различните страни”, трябва да отбележим, че подобно общо позоваване на документи и становища, които представят противоречащи си анализи с различни резултати не може да се счита способно да даде обяснение за мотивите на избора на Комисията. Още повече трябва да подчертаем, че докладът на First Consulting, който най-много се доближава до възприетите от Комисията проценти за базова възвръщаемост е бил съобщен на ищите и на Федерална република Германия непосредствено преди съдебното заседание по настоящите дела.

397. Когато става дума за „опит в областта” на Комисията, трябва да отбележим, че такова позоваване не може да оправдае приетата мярка по начин, по който да позволи на съдията да упражни своя контрол относно законността и на заинтересованите да защитят правата си.

398. Що се отнася до „предишните решения за държавни помощи” на Комисията, съдът констатира, че единственото точно позоваване на направено от ответника в оспорваното решение е това, което се отнася до Решение 98/490 относно Crédit Lyonnais. Въпреки това, както Комисията твърди, това дело не

представлява повече от пример, който да подкрепя позицията на Комисията относно фиксирането на базовия процент на възвръщаемост в случая. При всички случаи Комисията не обяснява в оспорваното решение какво в случая е отражението на една възвръщаемост определена при друг контекст.

399. На трето място, трябва да анализираме аргумента на ответника, според който ищците и Федерална република Германия биха могли да разберат избора на Комисията поради тяхното участие в административната процедура и познанията на WestLB като икономически оператор в дадения сектор. В това отношение Комисията настоява на факта, че избора на процент за базова възвръщаемост, която използва би могъл да се разбере в контекста на няколко експертизи, разменени по време на административната процедура и в частност, че този процент не се различава значително от упоменатия в доклада на Lehman Brothers даден на WestLB.

400. Въпреки това, трябва да преценим, че факта, че ищците са участвали в процедурата или че WestLB е икономически оператор от въпросния сектор не предполага в случая, че са в състояние да знаят мотивите, въз основа на които Комисията е определила базовия процент на възвръщаемост, която е използвала. По същия начин фактът, че WestLB е предоставил доклад, който отбелязва подобен процент не е сам по себе си от значение, за да приемем, че оспорваното решение е мотивирано в това отношение. И наистина самото съществуване на този доклад, който има аналитичен характер и предлага финално възнаграждение и двете различни от тези на оспорваното решение и чието съдържание по никакъв начин не е възпроизведено в решението не може да освободи Комисията от задължението да мотивира процента, който тя е използвала.

401. Четвърто, когато става дума за аргумента на Комисията изведен въз основа на съдебната практика, според която тя не е задължена да дава на ищците подробен списък на методите и източниците на информация, които е използвала, също както и отчет на математическите изчисления, които са били приложени в случая, трябва да уточним, че това наистина е така, но че подобно изискване не съществува, а упоменатата съдебна практика не може да обоснове достатъчността на мотивацията на оспорваното решение относно стойността на процента възвръщаемост, за който става дума.

402. В действителност, това в което може да бъде упреknата Комисията в оспорваното решение не е липсата на излишно описание на математическите методи, които е използвала, а чисто и просто липсата на обяснения на основните изводи, които са я довели до избирането на въпросния процент.

403. Накрая, трябва да подчертаем, че в случая задължението за мотивация придобива толкова по-голямо значение, колкото стойността на процента на базова възвръщаемост изискван от Комисията представлява централен елемент при изчисляването на подобаващото възнаграждение в спорната операция, направен в рамките на приложението на принципа на частния инвеститор.

404. От всичко, което е казано до тук, следва че мотивацията на оспорваното решение не отговаря на изискванията на член 253 ЕО що се отнася до

фиксирането на 12 % на базовата възвръщаемост използвана при изчисляване на подобаващото възнаграждение. Упрекът на ищите базиращ се на това обстоятелство, а именно липсата на мотивация следва да бъде приет.

405. Следователно съдът не е в състояние да се произнесе относно различните аргументи, които оспорват основателността на оспорваното решение по отношение стойността на този процент.

ii) Относно увеличението за рискове от 1,5 %

Аргументи на страните

406. Ищите смятат, че мотивацията на фиксирането на процент увеличение за рискове в размер на 1,5 % не е достатъчно. Решението се задоволява да препрати към доклада на First Consulting и не обяснява тълкуването, което Комисията е направила в този доклад. Решението не обяснява също така, защо когато става дума за разликата между процентите отбелязани от Комисията като оправдание в нейната бележка № 49 към това решение, би следвало да се счита средната стойност на този размер за минимална стойност. От друга страна, ищите отричат значението на писмото на Комисията относно предприятието Sidmar отбелязано в бележка № 48 от оспорваното решение, що се отнася да определя не процента на увеличение. В това отношение те твърдят, че не са знаели за това писмо преди настоящата процедура и оспорват вземането му под внимание в настоящия случай.

407. Ищите оспорват също така основателността на причините представени от Комисията, за да определи увеличение на базовия процент на подобаващото възнаграждение. В това отношение WestLB иска от Съда той да нареди на Комисията да съобщи името на американската банка и на конкретните обстоятелства за капиталов апорт, на които тя се позовава в бележка номер № 47 от оспорваното решение.

408. Комисията, поддържана от BdB, отрича съществуването на погрешна мотивация и поддържа основателността на решението си в това отношение.

409. Тя изтъква, че подробно е изложила в съображения 210 и 215 от оспорваното решение факторите, които да се вземат под внимание при определяне на процента от 1,5 % увеличение относно рисковете, така че тяхното значение и отражение върху възнаграждението, което един инвеститор работещ в условията на пазарна икономика би искал за своя капиталов апорт. Тя счита, че фактът, че е било прието да се вземе среден размер на основата на две крайни стойности дадени от своя експерт е разбираемо, предвид съображенията развити в оспорваното решение. Ответникът счита също че факторите, които изискват приложение на увеличението също така представляват параметри, които са от значение за определяне на процента на това увеличение и тъй като не съществува математически модел за точно изчисление на увеличението, Комисията трябва да прибегва до правото си на преценка.

410. Ищецът изтъква още че когато е извършвал изчисленията за определяне на подобаващото възнаграждение на базата на стойностите след данъци е логично увеличението за рисковете от 1,5 % да бъде и то също задължителна стойност след приспадането на данъците, дължими от предприятието.

411. От друга страна, Комисията подчертава, че в оспорваното решение в бележка под линия на страница № 48 на последното тя препраща към писмото, което на 25 юли 1984 г., е изпратила на белгийската държава относно предприятието Sidmar. Тя декларира, че това писмо съдържа поради факта, че акции без право на глас трябва да дадат преференциален дивидент по-висок от нормалното ниво, всеки капиталов апорт без право на глас оправдава едно увеличение от 2 %. Комисията прибавя, че по време на административната процедура тя е информирала ищците за своите решения, на които се е опирала при вземането на оспорваното решение. Тя прави извода, че относно niskия процент, който е приложен при препращането към упоменатото по-горе писмо и детайлните дискусии относно условията, които трябва да се вземат под внимание, опитни инвеститори такива каквито са WestLB и Land биха могли да разберат без затруднение решението на Комисията, дори без уточнение от нейна страна относно пътя който тя е следвала.

412. Накрая тя се позовава на съдебната практика упомената в точка 375 по-горе в подкрепа на своята позиция относно мотивирането на оспорваното решение по отношение на въпросното увеличение.

Преценка на Съда

413. Що се отнася до мотивацията на увеличението с 1,5 % от базовата възвръщаемост, трябва да констатираме, че съображения 210 и 215 от оспорваното решение излагат мотивите, които са довели Комисията да прецени, че процента на базова възвръщаемост трябва да бъде обект на увеличение. От друга страна, трябва да отбележим, че мотивацията на процента на увеличението е след приспадане на данъците, произхожда логично от факта, че Комисията също така е изчислила базов процент на възвръщаемост след приспадане на данъците.

414. Въпреки това, що се отнася до мотивацията на стойността на процента на увеличение сам по себе си, трябва да отбележим, че бележка под линия на страница № 49 от оспорваното решение се позовава на доклада на First Consulting. Тази бележка се ограничава да отбележи, че този доклад представен „като експертиза поръчана от Комисията”, „подчертава, че един инвеститор работещ в условията на пазарна икономика би очаквал увеличение за всяка една от особените обстоятелства (отбелязани в текста на решението) и предлага да се определи увеличение между 1 и 2 % за съвкупността от тези три аспекта”.

415. От друга страна, бележка номер 48 на същото решение гласи:

„Комисията вече е констатирала на няколко пъти, че акциите без право на глас трябва да носят преференциален индивидуален дивидент по-висок от нормалното (вж., например писмото изпратено от Комисията на белгийската държава, с дата от 25 юли 1984 г. относно предприятието Sidmar).”

416. Но, е безспорно, че текстът на оспорваното решение не позволява да се разбере по ясен начин, разсъждението на ответника относно избора му на приложения в случая процент на увеличение. От друга страна, преди процедурата ищите не са имали достъп до доклада на First Consulting нито до писмото относно предприятието Sidmar, които са могли да прочетат едва преди заседанието по настоящите дела. От друга страна, това писмо с дата от юли 1984 г., отнасящо се до стоманодобивно предприятие с нищо не издава по каква причина едно разсъждение използвано за това предприятие по това време може да бъде приложено към настоящата спорна операция.

417. Що се отнася до аргумента на Комисията, базиращ се на съдебната практика отбелязана в точка 375 по-горе, трябва да го отхвърлим по същите причини, които са отбелязани в точки 401 и 402 по-горе. От друга страна, степента на мотивация на тази съдебна практика не е била достигната в настоящия случай що се отнася до определянето на процента на увеличение.

418. От всичко казано до тук следва, че мотивацията на оспорваното решение не отговаря на изискванията на член 253 ЕО що се отнася до процента увеличение от 1,5 % от процента на базова възвръщаемост използван за изчисляване на подобавашото възнаграждение. На упрекът, който е отправен от ищите, касаещ липса на мотивация в това отношение, следва да бъде приет.

419. Следователно съдът не е в състояние да се произнесе по аргументите относно основателността на оспорваното решение по тази точка. При тези условия не е необходимо да се произнасят по молбата на ищеца по дело T-228/99 целящо да се принуди Комисията да съобщи името на американската банка, а също и конкретните условия на капиталовия апорт, на който тя се позовава в бележка № 47 от оспорваното решение.

VI – Заключение

420. Прегледът на всички представени доводи по настоящите спорове показва, че оспорваното решение е опорочено поради липса на мотивация върху два елемента, които са били използвани за изчисление на подобавашото възнаграждение на оспорваната операция относно респективно стойността на процента на базовата възвръщаемост от 12 % и стойността на процента на увеличение от 1,5 % от този процент на базова възвръщаемост (вж. точки 394 - 404 и 414 - 418 по-горе). Съдът счита, че тези два елемента са от съществено значение за оспорваното решение. Следователно трябва да се отмени това решение.

По съдебните разноски

421. Съгласно член 87, параграф 2 от Процедурния правилник, загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. След като Комисията е загубилата страна и ищите са стигнали до същото заключение, следователно трябва да се осъди Комисията да понесе собствените си разноски, както и тези на ищите.

422. Съгласно член 87, параграф 4 от Процедурния правилник, Федерална република Германия ще понесе собствените си разноски. BdV, встъпила страна, ще понесе собствените си разноски тъй като е загубилата делото страна.

По изложените съображения, Съдът (втори разширен състав) реши:

1. Решение 2000/392/ЕО на Комисията от 8 юли 1999 г. относно мерки за изпълнение от страна на Германия в полза на Westdeutsche Landesbank - Girozentrale (WestLB), се отменя.

2. Комисията ще заплати разноските на ищците, както и своите собствени.

3. Федерална република Германия и Bundesverband deutscher Banken eV ще заплати собствените си разноски.

Подписи

Произнесено в открито съдебно заседание в Люксембург на 6 март 2003 година.

Подписи