

RETTENS DOM (Fjerde Afdeling)

3. marts 2010*

I sag T-36/06,

Bundesverband deutscher Banken eV, Berlin (Tyskland), ved advokats H.-J. Nieme-
yer og K.-S. Scholz,

sagsøger,

mod

Europa-Kommissionen ved N. Khan og T. Scharf, som befuldmægtigede,

sagsøgt,

* Processprog: tysk.

støttet af:

Delstaten Hessen (Tyskland), først ved avocats H.-J. Freund og M. Holzhäuser, derefter ved Freund og S. Lehr,

og af

Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, Frankfurt am Main (Tyskland), ved avocat H.-J. Freund,

intervenienter,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning K(2005) 3232 endelig af 6. september 2005 om overførslen af Hessischer Investitionsfonds i form af stille indskud til Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale,

har

RET TEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, O. Czúcz (refererende dommer), og dommerne V. Vadapalas og I. Labucka,

justitssekretær: fuldmægtig C. Kristensen,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 9. september 2008,

afsagt følgende

Dom

Sagens baggrund

A — Det omtvistede indskud

- ¹ Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (herefter »Helaba«) er en af de største banker i Tyskland. Banken har retlig status som offentligretligt organ. Siden den 1. januar 2001 har ejerne af Helaba været Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen med en andel på 85%, delstaten Hessen (herefter »delstaten«) med en andel på 10% og delstaten Thüringen med en andel på 5%. Helaba fungerer som fast bank for delstaten og for delstaten Thüringen samt som centralbank for Hessens og Thüringens sparekasser. Banken fungerer ligeledes som forretningsbank både på det nationale marked og på de internationale markeder.
- ² Hessischer Investitionsfonds (investeringsfonden for Hessen, herefter »særformuen«) blev skabt som delstatens særkapital i 1970. Investeringsfonden tilbyder rentefrie lån eller lån til nedsat rente til lokale investeringsprojekter. Ved en lovændring, der blev vedtaget den 13. december 2002, blev Hessisches Ministerium der Finanzen bemyndiget til helt eller delvist mod en i henhold til markedet passende godtgørelse at overføre særformuen til et kreditinstitut som finansiel støtte og i form af et stille

indskud efter artikel 10 i Kreditwesengesetz (herefter »KWG«) eller i en anden banktilsynsretlig anerkendt form.

- 3 Med henblik herpå aftalte delstaten og Helaba betingelserne for, at særformuen kunne overføres til Helaba. Ifølge kontraktudkastet skulle særkapitalen overføres til Helaba i form af et stille indskud med ubegrænset varighed (herefter »det omtvistede indskud«) til en værdi af 594 mio. EUR og mod en godtgørelse på 1,65% af dets nominelle værdi efter fradrag af den del af indskuddet, der var nødvendig for at sikre de udlånsaktiviteter, der er forbundet med særformuens lokale investeringsprojekter. Kontraktudkastet fastsætter ikke nogen renteforhøjelsesklausel (herefter »step-up klausulen«), i henhold til hvilken godtgørelsen stiger efter en vis tid.

- 4 I overensstemmelse med kontraktudkastets artikel 2 bortfalder retten til godtgørelse, hvis Helaba lider et årligt tab, dvs. hvis bankens resultatopgørelse viser et tab for det forudgående regnskabsår, eller såfremt betalingen af godtgørelsen ville føre til et årligt regnskabsmæssigt tab. De ikke-betalte godtgørelser bliver betalt i løbet af de efterfølgende år, forudsat at der ikke er noget årligt tab, og såfremt betalingen af godtgørelsen ikke ville føre til et sådant tab. Det omtvistede indskud bærer fuldt ud sin del af tabene, men enhver formindskelse af indskuddets værdi skal i løbet af det efterfølgende år udlignes af Helaba op til dets nominelle værdi. Betalingen af godtgørelsen for det omtvistede indskud går forud for udbetalingen af dividende til indskudskapitalen og for en overførsel til reserveerne.

- 5 I overensstemmelse med kontraktudkastets artikel 4 er delstatens opsigelse af det omtvistede indskud udelukket. I henhold til denne bestemmelses stk. 8 »[bliver [det omtvistede] indskud [...]] [i] tilfælde af konkursbehandling vedrørende [Helabas] formue eller i tilfælde af bankens likvidation [...] kun tilbagebetalt efter opfyldelsen af alle [Helabas] kreditorers krav, herunder indehaverne af udbytterettigheder samt

anden garantikapitals kreditorer efter KWG's artikel 10, stk. 5a, men før opfyldelsen af indskudskapitalens aktionærers krav«.

B — Den administrative procedure og anfægtede beslutning

- 6 I skrivelse af 4. juni 2004 anmeldte Forbundsrepublikken Tyskland sin plan om at foretage det omtvistede indskud og anmodede Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber om at fastslå, at indskuddet ikke udgjorde statsstøtte i artikel 87, stk. 1, EF's forstand.
- 7 Den 4. august 2004 anmodede Kommissionen om yderligere oplysninger, som Forbundsrepublikken Tyskland fremlagde i skrivelser af 31. august og 7. september 2004.
- 8 I skrivelse af 29. september 2004 anmodede Kommissionen i overensstemmelse med bestemmelserne i artikel 4, stk. 5, i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af artikel [88 EF] (EUT L 83, s. 1) Forbundsrepublikken Tyskland om at give sit samtykke til en forlængelse af den frist på to måneder, inden for hvilken Kommissionen skal foretage den indledende undersøgelse af den anmeldte foranstaltning. I skrivelse af 7. oktober 2004 gav Forbundsrepublikken Tyskland sit samtykke til forlængelsen af nævnte frist frem til den 31. december 2004.
- 9 I skrivelser af 15. og 22. november 2004 anmodede Kommissionen Forbundsrepublikken Tyskland om yderligere oplysninger.

- 10 I skrivelse af 21. december 2004 fastsatte Kommissionen en frist på 30 dage for Forbundsrepublikken Tyskland for meddelelse af de oplysninger, der anmodedes om, og fastslog, at Kommissionen, i tilfælde af, at oplysningerne ikke blev fremlagt rettidigt, ville betragte anmeldelsen som trukket tilbage efter forordning nr. 659/1999's artikel 5, stk. 3.
- 11 I skrivelse af 30. marts 2005 fremlagde Forbundsrepublikken Tyskland de yderligere oplysninger om forenelighed med markedet. Kommissionen anmodede i skrivelse af 20. maj 2005 om yderligere oplysninger, og Forbundsrepublikken Tyskland svarede på denne skrivelse i skrivelse af 3. juni 2005.
- 12 Ved beslutning K(2005) 3232 endelig af 6. september 2005 om overførslen af Hessischer Investitionsfonds i form af stille indskud til Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (herefter »den anfægtede beslutning«) besluttede Kommissionen ved afslutningen af den indledende undersøgelsesprocedure, at det omtvistede indskud ikke udgjorde statsstøtte.
- 13 I den anfægtede beslutning har Kommissionen anført, at med henblik på at undersøge, om det omtvistede indskud giver Helaba en fordel, der kan anses for statsstøtte i artikel 87, stk. 1, EF's forstand, skal kriteriet om »en markedsøkonomisk investor« (herefter »den private investor«), i henhold til hvilket de kapitalindskud, der er gennemført på betingelser, som en privat investor ved overdragelse af midler til en sammenlignelig privat virksomhed er villig til at acceptere, ikke udgør statsstøtte, anvendes. Kommissionen har i den forbindelse henvist til Rettens dom af 6. marts 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale og Land Nordrhein-Westfalen mod Kommissionen (forenede sager T-228/99 og T-233/99, Sml. II, s. 435, herefter »WestLB-dommen«).
- 14 Hvad for det første angår den retlige og økonomiske kvalificering har Kommissionen vurderet, at det omtvistede indskud kan sammenlignes med andre stille indskud, der er blevet foretaget på markedet, og at den markedsoverensstemmede art af den godtgørelse, der er aftalt mellem parterne, kan vurderes i sammenligning med

godtgørelsen for disse stille indskud. I den forbindelse har Kommissionen for det første fastslået, at det omtvistede indskud udtrykkeligt var kvalificeret som stille indskud i kontraktudkastet. For det andet har Kommissionen anført, at betingelserne for det omtvistede indskud var sammenlignelige med dem for andre stille indskud, idet det nævnte indskud skal tilbagebetales før indskudskapitalen, og idet delstaten modtager den fulde aftalte godtgørelse og ikke en udbyttedividende. Kommissionen har tilføjet, at der på markedet findes stille indskud med ubegrænset varighed uden step-up klausuler, som det omtvistede indskud, og at omfanget af dette indskud ikke er usædvanligt. Endelig har Kommissionen med hensyn til kvalificeringen af indskuddet i en fodnote henvist til beslutning 2006/742/EF af 20. oktober 2004 om Tysklands støtte til fordel for Helaba (EUT 2006 L 307, s. 159), der er genstand for den sag, der ligger til grund for Rettens dom af dags dato, Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen (sag T-163/05, trykt i nærværende Samling af Afgørelser, s. 387).

- 15 Kommissionen har derefter udregnet den passende godtgørelse for den kapital, der kan anvendes af Helaba til at sikre udvidelsen af bankens kreditvirksomhed. Kommissionen har i den forbindelse forklaret, at på markedet er godtgørelsen for stille indskud identisk med en referencesats, som er forhøjet med et godtgørelsestillæg (herefter »hæftelsesgodtgørelsen«). Kommissionen har imidlertid vurderet, at i den foreliggende sag skal den del, der er identisk med referencesatsen, fratrækkes den normale godtgørelse på markedet for at tage hensyn til, at det omtvistede indskud ikke tilfører Helaba likviditet. Til gengæld har Kommissionen vurderet, at skatten på industri- og handelsvirksomheder (herefter »erhvervsskatten«), som de industrielle og erhvervsinvestorer, der udøver deres virksomhed i Tyskland, skal betale, og som i den foreliggende sag skal betales af Helaba, fordi delstaten ikke er forpligtet hertil, skal lægges til den godtgørelsessats, der er aftalt mellem parterne, eftersom den udgør en del af de omkostninger, der er afholdt af Helaba i forbindelse med det omtvistede indskud.
- 16 Hvad angår beregningen af den normale hæftelsesgodtgørelse på markedet baserer Kommissionen sine konklusioner på to sagkyndige rapporter fra investeringsbanker samt på en rapport fra et revisionsfirma vedrørende nævnte rapporter. På baggrund af disse tre rapporter har Kommissionen vurderet, at det er rimeligt at tage udgangspunkt i en hæftelsesgodtgørelse på 65-90 basispoint, der svarer til den forhøjelse, som

er konstateret på markedet for den europæiske banksektors udstederes stille indskud denomineret i euro med ubegrænset varighed, og som indeholder en step-up klausul.

- 17 Kommissionen har undersøgt, om tillæg eller nedsættelser skal anvendes på denne hæftelsesgodtgørelse for at tage hensyn til det omtvistede indskuds særlige karakter, sammenlignet med de stille indskud, der er anvendt som referencepunkt for beregningen af nævnte godtgørelse. I den forbindelse har Kommissionen vurderet, at et tillæg på 30-40 basispoint skal anvendes for at tage hensyn til, at det omtvistede indskud til forskel fra de stille indskud med ubegrænset varighed, der er anvendt som referencepunkt, ikke indeholder en step-up klausul. Kommissionen har imidlertid fundet, at det ikke er nødvendigt at anvende et tillæg hverken på grund af, at andelen af stille indskud i Helabas kernekapital — som følge af det omtvistede indskud — er 57%, hvilket således tydeligt er højere end andelen af denne slags instrumenter i de private bankers egenkapital, eller på grund af, at det omtvistede indskud øger andelen af de stille indskud, som delstaten ejer i Helabas kernekapital, til 44%. Endelig har Kommissionen vurderet, at et tillæg på 10 basispoint potentielt kan være berettiget for at tage hensyn til, at godtgørelsen kun betales, hvis Helaba opnår en årlig fortjeneste, men har ikke udtalt sig endeligt om spørgsmålet, eftersom hensyntagen til dette tillæg ikke ændrer den endelige vurdering.
- 18 Endelig har Kommissionen i lyset af disse betragtninger konkluderet, at den normale godtgørelse på markedet for et indskud, der er som det omtvistede indskud, er 1-1,4%. Kommissionen har følgelig vurderet, at godtgørelsessatsen på 1,65%, der er aftalt mellem Helaba og delstaten, hvortil skal lægges den omkostning, som erhvervsskatten udgør, ikke tilfører Helaba en fordel og dermed ikke kan kvalificeres som statsstøtte.
- 19 Kommissionen har tilføjet, at Helaba i maj 2005 solgte et stille indskud med ubegrænset varighed uden step-up klausul til en værdi af 250 mio. EUR til private institutionelle investorer, og at dette indskud godtgøres med en sats på 5,5% pr. år. Kommissionen har forklaret, at satsen på 5,5% er i overensstemmelse med referencesatsen (Tibeur eller Mid-Swap — den anfægtede beslutning præciserer, at sidstnævnte på tidspunktet for beslutningens vedtagelse var 3,84%), forhøjet med en hæftelsesgodtgørelse. Kommissionen har fundet, at betingelserne for dette stille indskud bekræfter Kommissionens

opfattelse af, at den aftalte godtgørelse for det omtvistede indskud er i overensstemmelse med en godtgørelse på markedet, samt at Helaba ville være i stand til at sælge et stille indskud på markedet, hvis banken ikke modtog det omtvistede indskud.

Retsforhandlinger og parternes påstande

- 20 Ved stævning indleveret til Rettens Justitskontor den 26. januar 2006 anlagde sagsøgeren, Bundesverband deutscher Banken eV (den tyske sammenslutning af private banker), denne sag.
- 21 Ved processkrifter indleveret til Rettens Justitskontor henholdsvis den 6. og den 13. juni 2006 fremsatte Helaba og delstaten begæring om at måtte intervenere i sagen til støtte for Kommissionen. Ved kendelse af 14. september 2006 har formanden for Rettens Tredje Afdeling tilladt disse interventioner. Intervenienterne har afgivet indlæg inden for de fastsatte frister. Sagsøgeren og Kommissionen har ligeledes afgivet deres bemærkninger til disse indlæg inden for de fastsatte frister.
- 22 Da sammensætningen af Rettens afdelinger er blevet ændret, er den refererende dommer blevet tilknyttet Fjerde Afdeling, og den foreliggende sag er følgelig blevet henvist til denne afdeling.
- 23 Med henblik på udløbet af embedsperioden for et af afdelingens medlemmer har Rettens præsident i medfør af Rettens procesreglements artikel 32, stk. 3, udpeget en anden dommer, for at afdelingen kan blive beslutningsdygtig.

- 24 Ved skrivelse af 20. maj 2008 pålagde Retten Kommissionen at fremlægge visse dokumenter, heriblandt den fortrolige udgave af den anfægtede beslutning. Kommissionen efterkom denne anmodning inden for den fastsatte frist.
- 25 På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten (Fjerde Afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling.
- 26 Parterne har i retsmødet den 9. september 2008 afgivet mundtlige indlæg og besvaret spørgsmål fra Retten.
- 27 Ved denne lejlighed blev det besluttet før afslutningen af den mundtlige forhandling at give Kommissionen adgang til skriftligt at besvare et af de af Retten stillede spørgsmål. Kommissionen indleverede sit svar og sagsøgeren sine bemærkninger inden for de fastsatte frister. Den mundtlige forhandling blev afsluttet den 8. oktober 2008.
- 28 Sagsøgeren har nedlagt følgende påstande:

— Den anfægtede beslutning annulleres.

— Kommissionen betaler sagens omkostninger.

29 Kommissionen har — støttet af Helaba — nedlagt følgende påstande:

- Sagen afvises, og subsidiært forkastes søgsmålet som ubegrundet.
- Bundesverband deutscher Banken eV betaler sagens omkostninger.

30 Delstaten har nedlagt følgende påstande:

- Kommissionen frifindes.
- Bundesverband deutscher Banken eV betaler sagens omkostninger

Retlige bemærkninger

1. Formaliteten

31 Kommissionen har — støttet af Helaba — gjort gældende, at sagen skal afvises, eftersom sagsøgeren ikke er individuelt berørt af den anfægtede beslutning.

- 32 Der erindres om, at retsinstanserne har adgang til på baggrund af enhver sags konkrete omstændigheder at vurdere, om det af retsplejehensyn er berettiget at forkaste et søgsmål i realiteten uden først at tage stilling til sagsøgtets formalitetsindsigelse (Domstolens dom af 26.2.2002, sag C-23/00, Rådet mod Boehringer, Sml. I, s. 1873, præmis 51 og 52, og Rettens dom af 13.9.2006, forenede sager T-217/99, T-321/00 og T-222/01, Sinaga mod Kommissionen, ikke trykt i Samling af Afgørelser, præmis 68).
- 33 Under den foreliggende sags omstændigheder finder Retten det hensigtsmæssigt indledningsvis at behandle de anbringender, der er påberåbt af sagsøgeren, uden først at tage stilling til den formalitetsindsigelse, som Kommissionen har fremført, idet annullationssøgsmålet under alle omstændigheder og af de nedenstående årsager er ugrundet.

2. *Om realiteten*

- 34 Sagsøgeren har gjort tre anbringender gældende vedrørende henholdsvis en begrundelsesmangel, en tilsidesættelse af artikel 87 EF og en tilsidesættelse af sagsøgerens processuelle rettigheder på grund af, at Kommissionen ikke indledte den formelle undersøgelsesprocedure i henhold til artikel 88, stk. 2, EF.

Om anbringendet vedrørende begrundelsesmangel

- 35 Sagsøgeren har gjort gældende, at den anfægtede beslutning hvad angår kvalificeringen af det omtvistede indskud som stille indskud ved sammenligningen med markedet, hvad angår hensyntagen til erhvervsskatten, hvad angår fradraget for refinansieringsomkostningerne og hvad angår godtgørelsens markedsoverensstemmende art er utilstrækkeligt begrundet.

Om kvalificeringen af det omtvistede indskud

— Parternes argumenter

- ³⁶ Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionens opfattelse, der fremgår af betragtning 25 til den anfægtede beslutning, hvorefter det omtvistede indskud »kan sammenlignes med andre markedsoverensstemmede stille indskud«, er utilstrækkeligt begrundet.
- ³⁷ For det første har sagsøgeren kritiseret den omstændighed, at Kommissionen hvad angår kvalificering af det omtvistede indskud har baseret sin vurdering på kontraktudkastet uden at sammenfatte indholdet deraf. Sagsøgeren har anført, at Kommissionen nøjedes med at henvise til den omstændighed, at det omtvistede indskuds parter i kontraktudkastet kvalificerede indskuddet som stille indskud, og at Kommissionen følgelig ikke begrundede det omtvistede indskuds sammenlignelighed med andre markedsoverensstemmede stille indskud.
- ³⁸ For det andet har sagsøgeren gjort gældende, at Kommissionen ikke har begrundet sit synspunkt, der fremgår af betragtning 26 til den anfægtede beslutning, om, at det omtvistede indskud i tilfælde af likvidation eller konkurs skal tilbagebetales før indskudskapitalen, selv om kontrakten vedrørende det indskud, der er genstand for dommen af dags dato i sagen Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen (sag T-163/05), nævnt i præmis 14 ovenfor, fastsætter, at tilbagebetalingen af indskuddet ikke havde forrang i forhold til tilbagebetalingen af indskudskapitalen.
- ³⁹ For det tredje har sagsøgeren gjort gældende, at det synspunkt, der fremgår af betragtning 26 til den anfægtede beslutning, om, at delstaten modtager »den samlede aftalte godtgørelse, mens indskudskapitalinvestoren kun har ret til en udbetaling af

en udbyttedividende«, ikke er klart og ikke gør det muligt at vide, hvad Kommissionen har til hensigt at bevise ved at foretage denne sammenligning.

- 40 For det fjerde begrundet Kommissionen ikke de synspunkter, der fremgår af betragtning 27 til den anfægtede beslutning, om, at »man finder stille indskud uden [step-up] klausul på kapitalmarkedet«, og »omfanget af det pågældende stille indskud er heller ikke usædvanligt«. Sagsøgeren har gjort gældende, at hvis Kommissionen ville bevise disse synspunkter ved at basere sig på udstedelserne fra 1998 og fra 1999, som Kommissionen har henvist til i beslutning 2006/742, skulle den have angivet den relevante del af denne første beslutning i den anfægtede beslutning. Sagsøgeren er desuden af den opfattelse, at Kommissionen undlod at begrunde, hvordan situationen på kapitalmarkedet i 1998 og i 1999 kunne sammenlignes med situationen på tidspunktet for den anfægtede beslutnings vedtagelse, nemlig i løbet af sommeren 2005. Sagsøgeren har ligeledes gjort gældende, at Kommissionen i beslutning 2006/742 nøjedes med at gentage de af Forbundsrepublikken Tyskland påberåbte argumenter vedrørende udstedelserne fra 1998 og fra 1999. I sine bemærkninger til interventionsindlæggene har sagsøgeren tilføjet, at den anfægtede beslutning ikke opfylder begrundelsespligten, eftersom de stille indskud, der er nævnt i beslutningens ikke-fortrolige udgave, ikke er identificerbare på grund af bankernes anonymisering.
- 41 For det femte har Kommissionen ikke tilstrækkeligt begrundet sit synspunkt, der fremgår af betragtning 29 til den anfægtede beslutning, om, at det omtvistede indskud frembyder »forskellige fordele« for delstaten i forhold til en investering i indskudskapitalen. Sagsøgeren har i den forbindelse gjort gældende, at Kommissionens synspunkter er »overfladiske«, »partiske« og »indholdsløse«.
- 42 Kommissionen har — støttet af Helaba — bestridt, at den anfægtede beslutning er utilstrækkeligt begrundet hvad angår det omtvistede indskuds kvalificering som stille indskud. Delstaten har ikke fremsat argumenter i denne henseende.

— Rettens bemærkninger

- ⁴³ Det bemærkes, at omfanget af begrundelsespligten afhænger af arten af den pågældende retsakt og den sammenhæng, hvori den er vedtaget. Begrundelsen skal klart og utvetydigt angive institutionens argumentation, dels for at gøre det muligt for Fællesskabets retsinstanser at efterprøve beslutningens lovlighed, dels for at gøre det muligt for de interesserede at gøre sig bekendt med begrundelsen for den trufne foranstaltning med henblik på at kunne varetage deres interesser og afgøre, om beslutningen er lovlig (WestLB-dommen, nævnt i præmis 13 ovenfor, præmis 278).
- ⁴⁴ Det kræves ikke, at begrundelsen angiver alle de forskellige relevante faktiske og retlige momenter, da spørgsmålet, om en beslutnings begrundelse opfylder kravene efter artikel 253 EF, ikke blot skal vurderes i forhold til ordlyden, men ligeledes til den sammenhæng, hvori den indgår, samt under hensyn til alle de retsregler, som gælder på det pågældende område (WestLB-dommen, nævnt i præmis 13 ovenfor, præmis 279).
- ⁴⁵ Navnlig er Kommissionen ikke forpligtet til at tage stilling til alle de argumenter, som de interesserede har fremført for den; den behøver kun at redegøre for de faktiske omstændigheder og retlige betragtninger, der har været afgørende med henblik på beslutningens systematik (WestLB-dommen, nævnt i præmis 13 ovenfor, præmis 280).
- ⁴⁶ Når det særligt drejer sig om en kommissionsbeslutning om, at den meddelte foranstaltning ikke udgør støtte, kræver begrundelsespligten, at årsagerne til, at Kommissionen finder, at den pågældende foranstaltning ikke henhører under anvendelsesområdet for artikel 87, stk. 1, EF, angives.
- ⁴⁷ I øvrigt fremgår det af fast retspraksis, at begrundelsespligten udgør en væsentlig formforskrift, som bør adskilles fra begrundelsens materielle indhold, der henhører

under spørgsmålet om lovligheden af den anfægtede retsakt (Rettens dom af 12.9.2007, forenede sager T-239/04 og T-323/04, Italien mod Kommissionen, Sml. II, s. 3265, præmis 117 og den deri nævnte retspraksis).

- 48 Hvad for det første angår sagsøgeren kritik vedrørende den omstændighed, at Kommissionen lægger kontraktudkastet til grund, mens indholdet af dette hverken fremgår af den anfægtede beslutning eller er kendt af sagsøgeren eller Retten, er det tilstrækkeligt at konstatere, at selv om Kommissionen ikke ordret gengiver kontraktudkastets bestemmelser, nævner den de forskellige forhold, der følger af nævnte udkast, som den lægger til grund for sin retlige vurdering, således at både sagsøgeren og Retten kan få kendskab til dens begrundelse.
- 49 Med hensyn til argumentet om, at Kommissionen blot henviser til den omstændighed, at det omtvistede indskuds parter i kontraktudkastet har kvalificeret dette som stille indskud, bemærkes det dels, at Kommissionen ikke kun har lagt den kvalifikation, som det omtvistede indskuds parter har foretaget, til grund, og dels, at selv om Kommissionen havde gjort det, behæfter denne omstændighed ikke den anfægtede beslutning med en begrundelsesmangel, eftersom spørgsmålet, om Kommissionen kan kvalificere indskuddet ved alene at lægge den kvalifikation, som parterne har foretaget, til grund, vedrører det materielle indhold af de begrundelser, der er fremsat af Kommissionen, og ikke, hvorvidt de er tilstrækkelige.
- 50 Hvad for det andet angår den angivelige begrundelsesmangel af Kommissionens synspunkt om, at det omtvistede indskud i tilfælde af likvidation eller konkurs skal tilbagebetales før indskudskapitalen, skal det bemærkes, at nævnte synspunkt alene konstaterer et forhold, der følger af kontraktudkastet (jf. præmis 5 ovenfor), og at synspunktet følgelig ikke skal begrundes yderligere. Den tvivl, som sagsøgeren har rejst hvad angår spørgsmålet, om denne konstatering er ukorrekt eller ej, vedrører ikke den tilstrækkelige karakter af den anfægtede beslutnings begrundelse, men beslutningens materielle indhold og navnlig om de faktiske omstændigheder, som Kommissionen har lagt til grund, er materielt rigtige.

- 51 Hvad for det tredje angår begrundelsen af Kommissionens synspunkt om, at delstaten modtager »den fulde aftalte godtgørelse, mens indskudskapitalinvestoren kun har ret til en udbetaling af en udbyttedividende«, er det tilstrækkeligt at fastslå, at det fremgår åbenbart af hele sætningen i den anfægtede beslutnings betragtning 26, der anfører, at delstaten »som investoren for et stille indskud på kapitalmarkedet« modtager den nævnte fulde aftalte godtgørelse, at Kommissionen fandt, at formen af den aftalte godtgørelse for det omtvistede indskud var karakteristisk for stille indskud og ikke for indskudskapital, og at denne omstændighed blandt andre taler for en kvalificering af det omtvistede indskud som stille indskud. Den tvivl, som er udtrykt af sagsøgeren, hvad angår spørgsmålet, om formen af den aftalte godtgørelse for det omtvistede indskud virkelig er karakteristisk for stille indskud, vedrører ikke den anfægtede beslutnings begrundelse, men beslutningens materielle indhold.
- 52 Hvad for det fjerde angår begrundelsen af Kommissionens synspunkter om, at »man finder stille indskud uden [step-up] klausul på kapitalmarkedet«, og »omfanget af det pågældende stille indskud er ikke [...] usædvanligt«, er det tilstrækkeligt at bemærke, at Kommissionen nøjes med at fastslå to omstændigheder, der fremgår klart af de oplysninger, som er fremlagt i de sagkyndige rapporter, og særligt af de transaktioner, der udføres på markedet, og som Kommissionen henviser til i betragtning 49 og 56 til den anfægtede beslutning. Den henvisning til beslutning 2006/742, der fremgår af en fodnote, vedrører ikke disse to konstateringer af faktiske omstændigheder, men Kommissionens samlede begrundelse hvad angår kvalificeringen af det omtvistede indskud som stille indskud med henblik på sammenligningen af den aftalte godtgørelse med markedet. Kommissionen har ikke baseret disse synspunkter på markedsdata vedrørende 1998 og 1999, og Kommissionen skulle derfor ikke begrunde, hvorfor markedssituationen i 1998 og i 1999 måtte kunne sammenlignes med den, der fandtes på det tidspunkt, hvor den anfægtede beslutning blev vedtaget.
- 53 Med hensyn til argumentet om, at Kommissionen ikke kunne henvise til beslutning 2006/742 og i den anfægtede beslutning burde have gengivet beslutning 2006/742's relevante dele, skal det konstateres, at dette argument modsiges af retspraksis, ifølge hvilken en beslutning er tilstrækkeligt begrundet, når den henviser til et dokument, der allerede er i adressatens besiddelse, og som indeholder en angivelse af de forhold,

som institutionen har lagt til grund for sin afgørelse (jf. i denne retning og analogt Retens dom af 24.4.1996, forenede sager T-551/93 og T-231/94 — T-234/94, Industrias Pesqueras Campos m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 247, præmis 144), hvilket er tilfældet i den foreliggende sag, eftersom sagsøgeren modtog en kopi af beslutning 2006/742 allerede ved dens vedtagelse flere måneder før vedtagelsen af den anfægtede beslutning.

- 54 Med hensyn til argumentet om den anfægtede beslutnings utilstrækkelige begrundelse, idet de stille indskud, der bruges til sammenligning, ikke er identificerbare på grund af anonymiseringen af de banker, der har foretaget dem, skal det understreges, at sagsøgeren i virkeligheden kritiserer den ufuldstændige karakter af den ikke-fortrolige udgave, som sagsøgeren var i besiddelse af på tidspunktet for sagens anlæg, og ikke den anfægtede beslutnings begrundelse som sådan. I øvrigt skal det bemærkes, at mørklægningen af visse data i den foreliggende sag ikke forhindrede sagsøgeren i at varetage sine interesser og i at vurdere den anfægtede beslutnings materielle indhold. Dels indeholder den ikke-fortrolige udgave af den anfægtede beslutning faktisk på tilstrækkelig forståelig måde de hensyn, der gjorde det muligt for Kommissionen at nå til sin konklusion, til trods for den omstændighed, at navnene på de banker, der har foretaget de pågældende indskud, er mørkelagt, dels og under alle omstændigheder blev den fortrolige udgave af den anfægtede beslutning sådan som meddelt Forbundsrepublikken Tyskland fremsendt til sagsøgeren i løbet af sagen (jf. præmis 24 ovenfor), uden at sagsøgeren fremkom med nye bemærkninger på grundlag af de pågældende dele.
- 55 Hvad for det femte angår Kommissionens vurdering om, at det omtvistede indskud frembyder fordele for delstaten i forhold til en investering i indskudskapitalen, skal det bemærkes, at sagsøgeren ved at anføre, at Kommissionens synspunkter er »overfladiske«, »partiske« og »indholdsløse«, i virkeligheden ikke kritiserer begrundelsens tilstrækkelige karakter, men det materielle indhold af den vurdering, der blev lagt til grund.
- 56 Under disse omstændigheder skal det fastslås, at den anfægtede beslutning ikke er utilstrækkeligt begrundet hvad angår kvalificeringen af det omtvistede indskud.

Om hensyntagen til erhvervsskatten

— Parternes argumenter

- 57 Sagsøgeren har gjort gældende, at den anfægtede beslutning ikke indeholder nogen begrundelse hvad angår udtalelsen, der fremgår af betragtning 36, om, at »[e]n markedsøkonomisk institutionel investor ville have forlangt en højere godtgørelse end delstaten for at udligne den omkostning, som er lidt på grund af [erhvervsskatten]«, og »Helaba ville under alle omstændigheder have været parat til at betale en sådan investor dette godtgørelsestillæg«.
- 58 Kommissionen har — støttet af Helaba — bestridt, at den anfægtede beslutning er utilstrækkeligt begrundet, hvad angår hensyntagen til erhvervsskatten som en omkostning, der skal afholdes af Helaba på grund af det omtvistede indskud. Delstaten har ikke fremsat argumenter i denne henseende.

— Rettens bemærkninger

- 59 Det skal bemærkes, at Kommissionen i den foreliggende sag kun har anvendt den konklusion, som Kommissionen nåede frem til i beslutning 2006/742 hvad angår det pågældende indskud i nævnte sag. Denne beslutning var, således som det følger af det ovenstående (jf. præmis 53 ovenfor), allerede i sagsøgerens besiddelse.
- 60 Den undersøgelse af beslutning 2006/742 såvel som af sagsøgerens argumenter hvad angår det åbenbart urigtige skøn, Kommissionen angiveligt foretog i den forbindelse, der er foretaget i præmis 188-192 i dommen af dags dato i sagen Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen (sag T-163/05), nævnt i præmis 14 ovenfor,

har imidlertid ikke påvist nogen begrundelsesmangel, der forhindrer sagsøgeren i at bestride nævnte beslutning eller Retten i at vurdere det materielle indhold heraf.

- ⁶¹ Heraf følger under alle omstændigheder, at den anfægtede beslutning indgår i en beslutningspraksis, der er kendt af sagsøgeren, og som følgelig kan begrundes kortfattet (jf. i denne retning Domstolens dom af 26.11.1975, sag 73/74, *Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique m.fl. mod Kommissionen*, Sml. s. 1491, præmis 31).

Om fradraget af refinansieringsomkostningerne

— Parternes argumenter

- ⁶² Sagsøgeren har gjort gældende, at betragtning 37-41 til den anfægtede beslutning hverken gør det muligt at gøre sig bekendt med de kriterier, som Kommissionen har lagt til grund for at nå til konklusionen om, at Helaba faktisk afholder yderligere refinansieringsomkostninger i forhold til det, der ville være tilfældet, hvis Helaba havde modtaget et likvidt stille indskud svarende til bruttorefinansieringssatsen, eller at forstå, hvorfor godtgørelsens skattemæssigt fradragsberettigede karakter begrunder fradraget af refinansieringsomkostningerne.
- ⁶³ Kommissionen har — støttet af Helaba — bestridt, at den anfægtede beslutning er utilstrækkeligt begrundet hvad angår hensyntagen til den omstændighed, at Helaba i den foreliggende sag afholder yderligere refinansieringsomkostninger. Delstaten har ikke fremsat argumenter i denne henseende.

— Rettens bemærkninger

⁶⁴ Det skal bemærkes, at Kommissionen i den foreliggende sag, som sagsøgeren har anført i sin stævning, kun har anvendt den konklusion, som Kommissionen nåede til i beslutning 2006/742, i forhold til det deri omhandlede indskud.

⁶⁵ Under disse omstændigheder, og henset til, at Retten i sin dom af dags dato i sagen Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen (sag T-163/05), nævnt i præmis 14 ovenfor, har fastslået, at Kommissionen havde begrundet sin beslutning tilstrækkeligt (jf. præmis 265-267 i dommen), må sagsøgerens argumenter om den anfægtede beslutnings angivelige begrundelsesmangel under alle omstændigheder forkastes i lyset af den begrundelse, der er indeholdt i beslutning 2006/742 (jf. præmis 61 ovenfor).

Om den markedsoverensstemmende art af den godtgørelse, der er aftalt mellem delstaten og Helaba

— Parternes argumenter

⁶⁶ Sagsøgeren har gjort gældende, at de begrundelser, der er fremsat af Kommissionen for at fastslå den markedsoverensstemmende art af den godtgørelse, der er aftalt mellem delstaten og Helaba, er utilstrækkelige. Sagsøgeren har i den forbindelse anført, at det synspunkt, der fremgår af betragtning 69 til den anfægtede beslutning, om, at den omstændighed, at de stille indskud udgør en væsentlig del af kernekapitalen, har den virkning, at muligheden for at søge dækning i de nævnte indskud »i stedet for i indskudskapitalen« forøges, er utilstrækkeligt og i strid med Kommissionens synspunkt om, at de stille indskud i tilfælde af konkurs skal tilbagebetales før indskudskapitalen. Sagsøgeren har ligeledes gjort gældende, at Kommissionens synspunkt, der fremgår af betragtning 73 til den anfægtede beslutning, om, at delstaten udøver en væsentlig indflydelse på fastlæggelsen af Helabas risikoprofil, ikke er begrundet, og at Kommissionen ikke har forklaret, hvorvidt betingelserne for udstedelse af 500 mio. EUR, som Kommissionen nævner i betragtning 74 til den anfægtede beslutning, og som er

blevet tegnet af en enkelt investor, kan sammenlignes med dem for det omtvistede indskud, således at hverken sagsøgeren eller Retten er i stand til at afgøre de to indskuds sammenlignelighed.

- ⁶⁷ Kommissionen har — støttet af Helaba — bestridt, at den anfægtede beslutning er utilstrækkeligt begrundet hvad angår den markedsoverensstemmende art af den godtgørelse, der er aftalt for det omtvistede indskud. Delstaten har ikke fremsat argumenter i denne henseende.

— Rettens bemærkninger

- ⁶⁸ Hvad angår Kommissionens synspunkt om, at den omstændighed, at de stille indskud udgør en væsentlig del af kernekapitalen har den virkning, at muligheden for at søge dækning i de nævnte indskud »i stedet for i indskudskapitalen« forøges, skal det bemærkes, at selv om formuleringen er mangelfuld, følger det klart af en samlet betragtning af hele den anfægtede beslutning, at Kommissionen ikke med dette synspunkt tilsigter at fastlægge prioritetsordenen mellem indskudskapitalen og de stille indskud i tilfælde af konkurs, men at anføre, at risikoen for, at indskudskapitalen i tilfælde af økonomiske vanskeligheder ikke er tilstrækkelig, er større, når de stille indskud udgør en væsentlig del af kernekapitalen. Dette synspunkt forhindrer følgende ikke sagsøgeren i at bestride den anfægtede beslutning eller Retten i at vurdere beslutningens lovlighed.
- ⁶⁹ Hvad angår Kommissionens synspunkt om, at delstaten udøver en væsentlig indflydelse på fastlæggelsen af Helabas risikoprofil skal det bemærkes, at Kommissionen i betragtning 73 til den anfægtede beslutning forklarede, hvad der var grundlaget for dette synspunkt. Selv om denne forklaring blev mørkelagt i den ikke-fortrolige udgave af den anfægtede beslutning, som sagsøgeren var i besiddelse af på dagen for sagens anlæg, blev den fortrolige udgave af denne beslutning på Rettens anmodning fremlagt af Kommissionen og meddelt sagsøgeren før retsmødet (jf. præmis 24

ovenfor). Under disse omstændigheder skal det fastslås, at sagsøgeren var i stand til at varetage sine interesser.

- 70 Hvad angår den omstændighed, at Kommissionen ikke forklarer, hvorvidt betingelserne for udstedelsen af 500 mio. EUR, der er blevet tegnet af en enkelt investor, kan sammenlignes med dem for det omtvistede indskud, skal det bemærkes, at det fremgår af den anfægtede beslutning, at Kommissionen nævner dette eksempel for at vise, at det ikke er udelukket, at en investor koncentrerer sine risici i en enkelt virksomhed. Spørgsmålet om, hvorvidt den omstændighed, at denne koncentration af risici i en bestemt virksomhed ikke er udelukket, er tilstrækkelig til at anse den godtgørelse, der er aftalt mellem delstaten og Helaba, for markedsoverensstemmende, vedrører imidlertid ikke den anfægtede beslutnings begrundelse, men beslutningens materielle indhold.
- 71 Under disse omstændigheder skal det fastslås, at den anfægtede beslutning ikke er behæftet med en begrundelsesmangel for så vidt angår markedsoverensstemmelsen af den godtgørelse, der er aftalt for det omtvistede indskud.
- 72 Anbringendet vedrørende den anfægtede beslutnings manglende begrundelse skal derfor forkastes.

Om anbringendet vedrørende en tilsidesættelse af artikel 87 EF

Parternes argumenter

- 73 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat artikel 87 EF ved at finde, at den godtgørelse, der er aftalt for det omtvistede indskud, er i overensstemmelse med privat investor-kriteriet og følgelig ikke udgør statsstøtte.

- 74 Sagsøgeren har i den forbindelse gjort gældende, at Kommissionen foretog et åbenbart urigtigt skøn ved for det første at finde, at den erhvervsskat, som Helaba skal betale, skal lægges til satsen for den godtgørelse, der er aftalt mellem delstaten og Helaba med henblik på sammenligningen med markedet, eftersom den er en del af den omkostning, som Helaba afholder på grund af nævnte indskud, for det andet, at den omstændighed, at Helaba afholder omkostninger for at skaffe sig de likvide midler på markedet, som den omtvistede beslutning ikke skaffer banken, skal tages i betragtning, og for det tredje, at den markedsoverensstemmende hæftelsesgodtgørelse er mindre end den sats på 1,65%, der er aftalt mellem parterne, og som er forhøjet på grund af erhvervsskattens virkning.
- 75 Med hensyn til hensyntagen til erhvervsskatten såvel som til de refinansieringsomkostninger, Helaba afholder på grund af det omtvistede indskuds manglende likviditet, har sagsøgeren i det væsentlige gentaget de argumenter, som blev fremført i forbindelse med sagen Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen (sag T-163/05), nævnt i præmis 14 ovenfor, der har givet anledning til dommen af dags dato, og som i nævnte dom er gengivet henholdsvis i præmis 185 og 186 såvel som i præmis 263.
- 76 Med hensyn til det passende niveau for godtgørelsen har sagsøgeren i det væsentlige anført, at det omtvistede indskud frembyder en højere risikoprofil end de stille indskud, der er blevet foretaget på markedet, og at en privat investor som følge heraf ville have krævet en godtgørelse for nævnte indskud, der er højere end den, som kræves på markedet for stille indskud. Sagsøgeren har lagt omfanget af det omtvistede indskud, delstatens manglende mulighed for at afvikle investeringen og risikoen for tab i tilfælde af konkurs til grund. Sagsøgeren har desuden anført, at den omstændighed, at den godtgørelse, der er aftalt for det omtvistede indskud, er fast, ikke er relevant for fastsættelsen af den markedsoverensstemmende sats, og at Kommissionen ikke kan lægge det stille indskud, der blev udstedt af Helaba i 2005, til grund, eftersom dette ikke kan sammenlignes med det omtvistede indskud.
- 77 Kommissionen har — støttet af delstaten og Helaba — bestridt disse argumenter.

Rettens bemærkninger

⁷⁸ Hvad angår argumenterne vedrørende hensyntagen til erhvervsskatten og fradraget af refinansieringsomkostningerne skal de af de samme grunde som dem, der er gengivet i præmis 188-192 og 269-291 i dommen af dags dato i sagen Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen (sag T-163/05), nævnt i præmis 14 ovenfor, forkastes.

⁷⁹ Hvad angår argumenterne, der tilsigter at påvise, at det omtvistede indskud frembyder en højere risikoprofil end den for de stille indskud, som Kommissionen har anvendt til sammenligning, skal der foretages en successiv gennemgang af de argumenter, der vedrører betydningen for udregningen af den markedsoverensstemmende godtgørelse og derfor for vurderingen af, om der foreligger en støtte, af omfanget af investeringen, af delstatens manglende mulighed for at afvikle investeringen, af risikoen for tab i tilfælde af konkurs, af den omstændighed, at den godtgørelse, der er aftalt for det omtvistede indskud, er fast, såvel som af relevansen af den sammenligning med Helabas udstedelse i maj 2005, der er foretaget af Kommissionen.

— Om investeringens omfang

⁸⁰ Sagsøgeren har i den forbindelse gjort gældende, at Kommissionen ikke tog behørigt hensyn til betydningen af investeringens omfang med henblik på kvalificeringen af det omtvistede indskud og sammenligningen mellem den godtgørelse, der er aftalt mellem delstaten og Helaba, og hæftelsesgodtgørelsen for de stille indskud, der er foretaget på markedet.

⁸¹ Hvad for det første angår betydningen af investeringens omfang for kvalificeringen af det omtvistede indskud som stille indskud med henblik på sammenligningen med markedet har sagsøgeren gjort gældende, at da indskuddet er tegnet af en enkelt investor, da delstaten ejer 44% af Helabas kernekapital, og da delstaten koncentrerer 83%

af sine investeringer i en og samme bank, minder det omtvistede indskud om indskudskapital, eftersom risikoen for delstaten er højere end den, der accepteres af de investorer, som har tegnet de stille indskud, der er foretaget på markedet.

- 82 Hvad først angår den omstændighed, at det omtvistede indskud blev tegnet i sin helhed af en enkelt investor, har sagsøgeren ved at henvise til WestLB-dommen, nævnt i præmis 13 ovenfor (præmis 255), gjort gældende, at en investor, som alene tegner sig for en samlet investering, ikke kan tage andre erhvervsdrivendes adfærd på markedet i betragtning og følgelig løber en højere risiko.
- 83 Det skal imidlertid bemærkes, at Retten i præmis 255 i WestLB-dommen, nævnt i præmis 13 ovenfor, ved undersøgelsen af den passende godtgørelse for en investering og ikke ved undersøgelsen af kvalificeringen af investeringen blot fandt, at en opmærksom privat investor, som er den, der ønsker at maksimere sin fortjeneste uden at løbe en for stor risiko i forhold til de andre erhvervsdrivende på markedet, principielt vil kræve en mindsteforrentning svarende til det gennemsnitlige afkast i den pågældende sektor.
- 84 Det skal således fastslås, at denne henvisning fra Retten til andre investorers adfærd ikke bekræfter sagsøgerens argument, eftersom henvisningen er uden forbindelse med spørgsmålet, om den omstændighed, at en investor alene tegner sig for en samlet udstedelse, forhøjer investeringens risikoprofil.
- 85 Endelig skal det med hensyn til den omstændighed, at de stille indskud, der er tegnet af delstaten, udgør 44% af Helabas kernekapital samt 83% af delstatens investeringer, bemærkes, at det ikke er åbenbart urigtigt at fastslå, som Kommissionen implicit har gjort det, at disse to omstændigheder ikke er væsentlige for at afgøre, om det omtvistede indskud frembyder en risikoprofil, der er tættest på den for indskudskapital eller den for stille indskud, der findes på markedet, og følgelig for at fastslå, om undersøgelsen af godtgørelsens overensstemmelse med markedet skal foretages med henvisning til godtgørelsen for stille indskud eller for indskudskapital. Der skal i den forbindelse henvises til præmis 140 og 141 i dommen af dags dato i sagen

Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen (sag T-163/05), nævnt i præmis 14 ovenfor, hvor Retten har forkastet sagsøgerens lignende argumenter.

- ⁸⁶ Desuden skal sagsøgerens argument om, at Kommissionen, ved ikke at tage hensyn til den del af Helabas kernekapital, som delstaten ejer, med henblik på kvalificeringen af det omtvistede indskud modsiger sin beslutning 2006/737/EF af 20. oktober 2004 om Tysklands støtte til Westdeutsche Landesbank Girozentrale, nu WestLB AG (EUT 2006 L 307, s. 22), i hvilken Kommissionen fandt, at investeringens omfang var et indicium for lighed med indskudskapitalen, forkastes.
- ⁸⁷ Faktisk skal det fastslås, at i beslutning 2006/737 er det ikke omfanget af kernekapitalen opnået af delstaten Nordrhein-Westfalen som ene-tegner, der blev anset for et indicium, der gjorde det muligt at sidestille forholdet med en investering foretaget i indskudskapitalen, men det samlede omfang af transaktionen uafhængigt af spørgsmålet, om investeringen stammer fra en enkelt eller flere investorer, og det på grund af den omstændighed, at til forskel fra den foreliggende sag kunne et så forhøjet niveau af kernekapital på det tidspunkt kun opnås af en bank i form af indskudskapital (jf. betragtning 204 ff. til beslutning 2006/737).
- ⁸⁸ Hvad for det andet angår betydningen af investeringens omfang for fastsættelsen af den markedsoverensstemmende godtgørelse har sagsøgeren bestridt de fire argumenter, som Kommissionen har lagt til grund for at finde, at det ikke var nødvendigt at anvende et tillæg for at tage hensyn til delstatens betydelige engagement i Helaba.
- ⁸⁹ Således har sagsøgeren for det første bestridt, at den risiko, der følger af delstatens koncentration af investeringer i Helaba, udlignes af den omstændighed, at delstatens godtgørelse ikke blev nedsat til trods for den omstændighed, at på markedet medfører den samlede tildeling af en udstedelse til en enkelt investor en nedsættelse af godtgørelsen. Sagsøgeren har i den forbindelse gjort gældende, at henvisningen til en mulig nedsættelse af godtgørelsen på markedet ikke er relevant i den foreliggende

sag, fordi det omtvistede indskud ikke blev tilbudt til et stort antal investorer, der som følge heraf konkurrerer.

- 90 Det skal bemærkes, at den omstændighed, at indskuddet ikke blev handlet på markedet, ikke gør det åbenbart ukorrekt at finde, at en nedsættelse af godtgørelsen for at kunne udligne et muligt tillæg til denne på grund af delstatens væsentlige deltagelse i Helaba skal tages i betragtning. Faktisk har sagsøgeren ikke påstået, at Helaba ikke på markedet — i givet fald hos flere investorer — kunne skaffe sig et indskud, der som udgangspunkt har de samme karakteristika som det omtvistede indskud (omfang, ubegrænset varighed, hæftelsesgodtgørelse). Under disse omstændigheder kunne Helaba tilskynde delstaten til at give afkald på et muligt godtgørelsestillæg for at tage hensyn til dens væsentlige eksponering i forhold til Helaba, idet Helaba har kunnet afvise tilbuddet og opnå kapital på markedet til en lavere omkostning.
- 91 For det andet har sagsøgeren for så vidt angår Kommissionens synspunkt om, at delstaten udøver en væsentlig indflydelse på fastlæggelsen af Helabas strategiske risikoprofil, anført, at den anfægtede beslutnings ikke-fortrolige udgave ikke gør det muligt for sagsøgeren at gøre sig bekendt med årsagerne til, at Kommissionen er nået til denne konklusion, og at denne under alle omstændigheder ikke forklarer, hvorfor delstaten på grund af dette forhold skulle give afkald på en passende godtgørelse for det omtvistede indskud.
- 92 Det skal bemærkes, at selv om sagsøgeren synes at bestride den anfægtede beslutnings tilstrækkelige begrundelse, fremgår disse argumenter i en del af stævningen med overskriften »Kommissionens urigtige argumenter« i anbringendet vedrørende en tilsidesættelse af artikel 87 EF og ikke i delen om anbringendet vedrørende en utilstrækkelig begrundelse.
- 93 Under alle omstændigheder skal der med hensyn til, at årsagen til, at Kommissionen har fundet, at delstaten udøver en væsentlig indflydelse på fastlæggelsen af Helabas strategiske risikoprofil, ikke fremgår af den anfægtede beslutnings ikke-fortrolige

udgave, henvises til præmis 69 ovenfor, hvor dette argument allerede er blevet forkastet af Retten.

- ⁹⁴ Med hensyn til forbindelsen mellem delstatens væsentlige indflydelse på fastlæggelsen af Helabas strategiske risikoprofil og godtgørelsesbeløbet skal det bemærkes, at det følger af læsningen af betragtning 71-74 til den anfægtede beslutning, at Kommissionen fandt, at denne indflydelse sammen med tre andre forhold, som Kommissionen undersøgte, nedsatte den risiko, der følger for delstaten, på grund af, at delstaten ejer en væsentlig del af Helabas kernekapital, og at delstaten koncentrerer 83% af sine investeringer deri, og at delstaten følgelig ikke giver afkald på en højere godtgørelse for det omtvistede indskud, men henset til transaktionens samlede omstændigheder har accepteret en passende godtgørelse. Det skal imidlertid fastslås, at sagsøgeren ikke har fremført noget konkret argument, der tilsigter at påvise, at det er åbenbart ukorrekt at finde, at delstatens væsentlige indflydelse på Helabas risikoprofil kan udligne den risiko, som delstaten løber, på grund af, at den ejer en væsentlig del af Helabas kernekapital, og at den koncentrerer 83% af sine investeringer i banken.
- ⁹⁵ For det tredje har sagsøgeren bestridt relevansen af den henvisning, Kommissionen har gjort til en udstedelse på 500 mio. EUR, der er blevet tegnet af en enkelt investor. Sagsøgeren har i den forbindelse kritiseret den omstændighed, at Kommissionen ikke har identificeret denne transaktion, og har gjort gældende, at det under disse omstændigheder ikke er muligt at finde, at den omstændighed, at delstaten tegnet det samlede omtvistede indskud, ikke er usædvanlig.
- ⁹⁶ Det skal bemærkes, som sagsøgeren har hævdet, at den blotte omstændighed, at en investor har tegnet en udstedelse på 500 mio. EUR, ikke er tilstrækkelig til at bevise, at det omtvistede indskuds risikoprofil ikke indebærer en større godtgørelse end hæftelsesgodtgørelsen for de stille indskud, der findes på markedet. Henset til, at Kommissionen ikke har undersøgt den hæftelsesgodtgørelse, der er aftalt for dette indskud, kan dette eksempel faktisk ikke danne grundlag for konklusionen om, at delstatens koncentration i Helaba ikke skal medføre et godtgørelsestillæg.

- 97 For det fjerde har sagsøgeren bestridt, at den omstændighed, at delstaten ejer andele til en samlet værdi af 361,5 mio. EUR i andre virksomheder end Helaba, mindsker den stærke koncentrationsrisiko, som delstaten løber hvad angår Helaba.
- 98 Det skal fastslås, at den omstændighed, at delstaten ikke koncentrerer samtlige sine investeringer i Helaba, men 87% af disse, ikke i sig selv er tilstrækkelig til at støtte Kommissionens konklusion om, at delstatens væsentlige engagement i Helaba ikke berettiger et tillæg til den godtgørelse, der er aftalt for det omtvistede indskud.
- 99 Henset til præmis 88-94 ovenfor, kan den omstændighed, at disse sidste forhold, der er nævnt af Kommissionen i den anfægtede beslutning, ikke gør det muligt at konkludere, at et godtgørelsestillæg på grund af delstatens risikokoncentration i Helaba ikke var nødvendigt, imidlertid ikke føre til annullation af den anfægtede beslutning (jf. i denne retning Rettens dom af 12.12.2006, sag T-155/04, SELEX Sistemi Integrati mod Kommissionen, Sml. II, s. 4797, præmis 47).
- 100 I øvrigt skal det bemærkes, at det betydelige beløb, som delstaten har investeret i Helaba, delvis følger af beslutningen om ikke at opdele den særformue, der er genstand for dommen af dags dato i sagen Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen (sag T-163/05), nævnt i præmis 14 ovenfor, og at denne risikokoncentration fra delstatens side ikke indeholder nogen særlig interesse for Helaba, der kunne tvinge banken til at godtgøre delstaten for forhøjelsen af den risiko, som delstaten accepterer (jf. præmis 229 og 230 i nævnte dom).
- 101 På grundlag af det ovenstående skal det fastslås, at sagsøgerens argumenter vedrørende omfanget af delstatens investering i Helaba ikke påviser, at Kommissionen foretog et åbenbart urigtigt skøn ved at finde, at godtgørelsen for det omtvistede indskud ikke behøvede at være højere end hæftelsesgodtgørelsen for de stille indskud, der findes på markedet.

— Om den manglende mulighed for at afvikle investeringen

- 102 Sagsøgeren har gjort gældende, at delstatens manglende mulighed for at afvikle investeringen udgør en afgørende forskel i forhold til de stille indskud, der findes på markedet, og har kritiseret den omstændighed, at Kommissionen ved fastsættelsen af den markedsoverensstemmede godtgørelse ikke har taget hensyn til det. Sagsøgeren har i den forbindelse gentaget de argumenter, som blev fremført i forbindelse med sag T-163/05, og som er blevet anført i præmis 151 og 233 i dommen af dags dato i sagen Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen (sag T-163/05), nævnt i præmis 14 ovenfor. Som følge heraf skal argumenterne forkastes af de grunde, der er anført i nævnte doms præmis 152-154 og 234-237.

— Om risikoen for tab i tilfælde af konkurs

- 103 Sagsøgeren har gjort gældende, at risikoen for tab i tilfælde af konkurs udgør en afgørende forskel i forhold til de stille indskud, der findes på markedet, og har kritiseret den omstændighed, at Kommissionen ved fastsættelsen af den markedsoverensstemmende godtgørelse ikke har taget hensyn til dette. Sagsøgeren har i den forbindelse dels gentaget de argumenter, som blev fremført vedrørende beslutning 2006/742, der er blevet anført i præmis 108 i dommen af dags dato i sagen Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen (sag T-163/05), nævnt i præmis 14 ovenfor, og dels har sagsøgeren, idet denne ikke før indgivelsen af stævningen havde modtaget meddelelse om kontraktudkastet på grund af dets fortrolige karakter, påstået, at det var muligt, at parterne har aftalt en svagere status for det omtvistede indskud i forhold til indskudskapitalen, som sagsøgeren har fundet var tilfældet med det pågældende indskud, der var genstand for nævnte dom.
- 104 Hvad angår indholdet af kontraktudkastet er det tilstrækkeligt at fastslå, at dets artikel 4 fastsætter, at »[i] tilfælde af konkursbehandling af Helabas formue eller i tilfælde af sidstnævntes likvidation bliver det omtvistede indskud kun tilbagebetalt efter opfyldelsen af alle Helabas kreditors krav, herunder indehaverne af udbytterettigheder samt anden garantikapitals kreditorer efter KWG's artikel 10, stk. 5a, men før opfyldelsen af indskudskapitalens aktionærers krav«.

- 105 Det følger derfor af kontraktudkastet, at det omtvistede indskud har en højere prioritet end indskudskapitalen, og at indskuddet i den forbindelse, som Kommissionen har fundet i betragtning 26 til den anfægtede beslutning, kan sammenlignes med de stille indskud, der findes på markedet, hvilket taler for, at den godtgørelse, der er aftalt mellem delstaten og Helaba, skal sammenholdes med den faste godtgørelse for de stille indskud, der er foretaget på markedet, og ikke med den godtgørelse, der følger af investeringer i indskudskapitalen. Det skal bemærkes, at sagsøgeren, der har modtaget en kopi af kontraktudkastet som følge af en anmodning fra Retten til Kommissionen, ikke er fremkommet med bemærkninger i den forbindelse.
- 106 For så vidt angår de andre argumenter, som sagsøgeren har fremført, skal de af de grunde, der er anført i præmis 109 i dommen af dags dato i sagen Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen (sag T-163/05), nævnt i præmis 14 ovenfor, forkastes.

— Om relevansen af godtgørelsens faste karakter

- 107 Sagsøgeren har for det første gjort gældende, at det fremgår af betragtning 26 og 29 til den anfægtede beslutning, at Kommissionen fandt, at den omstændighed, at godtgørelsen for det omtvistede indskud er fast og i princippet ikke afhænger af det årlige resultat, mens dividendebeløbet afhænger af det balanceoverskud, som Helaba har opnået, udgør en fordel i forhold til en investering i indskudskapitalen. Sagsøgeren har anført, at formen af godtgørelsen for det omtvistede indskud fra et økonomisk synspunkt frembyder både fordele og ulemper i forhold til formen af godtgørelsen for indskudskapitalen.
- 108 Det skal i den forbindelse fastslås, at selv om det er rigtigt, at Kommissionen i betragtning 29 til den anfægtede beslutning har anført, at et stille indskud frembyder visse fordele for delstaten i forhold til en overførsel af særlig kapital i form af indskudskapital, har Kommissionen imidlertid ikke lagt dette synspunkt til grund for sin vurdering hvad angår kvalificeringen af det omtvistede indskud. Nævnte kvalificering hviler hvad angår godtgørelse på det synspunkt, der fremgår af betragtning 26 til den anfægtede beslutning, om, at delstaten som investor i et stille indskud på kapitalmarkedet modtager den fulde godtgørelse, mens investoren i indskudskapitalen har ret til

udbetaling af en udbyttedividende. Kommissionen har således ikke anført, at en fast godtgørelse er mere gunstig end retten til en dividende. Kommissionen nøjes med at finde, at den faste godtgørelse som den, der er fastsat for det omtvistede indskud, er særlig for stille indskud frem for indskudskapital, og at arten af den godtgørelse, der er aftalt mellem parterne for det omtvistede indskud, følgelig kan sammenlignes med de stille indskud, der findes på markedet.

- 109 Under disse omstændigheder er det ufornuddent at undersøge sagsøgerens argumenter hvad angår rigtigheden af Kommissionens synspunkt, der fremgår af betragtning 29 til den anfægtede beslutning, om, at et stille indskud frembyder visse fordele for delstaten i forhold til en overførsel af særlig kapital i form af indskudskapital.
- 110 Sagsøgeren har for det andet gjort gældende, at den faste godtgørelse i modsætning til det af Kommissionen anførte ikke er særlig for de stille indskud, og at den variable godtgørelse ikke er det for indskudskapitalen. Sagsøgeren har i den forbindelse henvist til de argumenter, som blev fremført i forbindelse med sagen Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen (sag T-163/05), nævnt i præmis 14 ovenfor, der har givet anledning til dommen af dags dato. Disse argumenter blev imidlertid forkastet i nævnte doms præmis 113-122.
- 111 Sagsøgeren har for det tredje gjort gældende, at den omstændighed, at delstatens ret til godtgørelse afhænger af tilstedeværelsen af et årligt overskud hos Helaba, udgør en afvigelse til skade for delstaten i forhold til formen af de stille indskud, der findes på markedet, eftersom retten til godtgørelse for disse i princippet afhænger af udstederens balanceoverskud og alene under visse omstændigheder af det årlige overskud, således at det er mindre sandsynligt, at udstederen udskyder betalingen af godtgørelsen.
- 112 Det skal bemærkes, at de sagkyndige rapporter, som Kommissionen henviser til i betragtning 59 og 60 til den anfægtede beslutning, i modsætning til det af sagsøgeren anførte angiver, at det ikke er åbenbart, at de betingelser, der gælder for betalingen af godtgørelsen for det omtvistede indskud, er mindre gunstige for delstaten end de almindelige betingelser på markedet. Selv om investeringsbank A faktisk mente, at

dette var tilfældet, vurderede investeringsbank B og revisionsfirmaet, at de betingelser, der gælder for udbetalingen af godtgørelsen for det omtvistede indskud, således var gunstigere for delstaten end det, der er sædvanligt.

- 113 Under alle omstændigheder skal det fastslås, at Kommissionen i betragtning 66 til den anfægtede beslutning bekræftede, som sagsøgeren hævder, at et godtgørelsestillæg til mere restriktive betalingsbetingelser kan være berettiget. Kommissionen fandt imidlertid ligeledes, uden at sagsøgeren har fremført modargumenter, at manglen på hensyntagen til et tillæg på grund af mere restriktive betalingsbetingelser ikke påvirkede Kommissionens vurdering, eftersom den hæftelsesgodtgørelse, der følger af den sats, som er aftalt mellem delstaten og Helaba for det omtvistede indskud, forhøjet med den omkostning, der udgøres af erhvervsskatten, nemlig 1,925%, var højere end den markedshæftelsesgodtgørelse, der følger af tilføjelsen af tillægget, som blev foreslået af investeringsbank A, end det interval, der blev fastslået af de sagkyndige rapporter.
- 114 Under disse omstændigheder skal det fastslås, at sagsøgerens argumenter ikke gør det muligt at fastslå, at Kommissionen foretog et åbenbart urigtigt skøn ved at finde, at kontraktudkastets bestemmelser vedrørende godtgørelsen sidestiller det omtvistede indskud med de stille indskud, der findes på markedet, og at de forskelle, der findes, ikke er til hinder for at antage, at den godtgørelsessats, der er aftalt mellem parterne, er i overensstemmelse med hæftelsesgodtgørelsessatsen på markedet.

— Om relevansen af indskuddet fra maj 2005

- 115 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen ikke kunne lægge det stille indskud, der blev udstedt af Helaba i maj 2005 (jf. præmis 19 ovenfor), til grund, eftersom dette ikke kan sammenlignes med det omtvistede indskud. Sagsøgeren har gjort gældende, at de to indskud adskiller sig indbyrdes, særligt ved, at indskuddet fra maj 2005 blev tegnet af flere investorer, var noteret på børsen og skulle tilbagebetales til den nominelle værdi, forhøjet med renter, og en nedsættelse på grund af Helabas tab var ikke

aftalt. Sagsøgeren har fremsat begæring om, at Retten pålægger Kommissionen at oplyse, om der findes aftaler vedrørende prioritetsstillingen for det omtvistede indskud særligt i forhold til det stille indskud fra maj 2005.

- 116 Det skal fastslås, at Kommissionen efter at være nået til den konklusion, at den godtgørelse, der var aftalt mellem delstaten og Helaba for det omtvistede indskud, var markedsoverensstemmede, kun for fuldstændighedens skyld nævnte transaktionen fra maj 2005 i den anfægtede beslutning. Under disse omstændigheder, hvor sagsøgerens argumenter vedrørende de vurderinger, som Kommissionen lagde til grund for denne konklusion, er blevet forkastet, kan den mulige mangel på relevans af sammenligningen med det indskud, der er foretaget af Helaba i maj 2005, ikke føre til den anfægtede afgørelses annullation.
- 117 Under alle omstændigheder skal det bemærkes, at selv om de af sagsøgeren anførte forskelle er relevante og faktiske — hvilket bestrides af Helaba med hensyn til størrelsen af godtgørelsen i tilfælde af ophævelse, uden at sagsøgeren har taget til genmæle i den forbindelse — viser indskuddet fra maj 2005, som Kommissionen har anført det i den anfægtede beslutning, at Helaba på markedet kunne foretage stille indskud, der, hvad angår de forhold, som er af interesse for banken — såsom kvalificeringen som kernekapital og hæftelsesgodtgørelsessatsen — og på grund af hvilke Helaba var klar til at betale godtgørelse til investorerne, har de samme karakteristika som det omtvistede indskud. Det følger heraf, at Helaba på grund af sin økonomiske situation ikke var forpligtet til at acceptere det omtvistede indskud, og at banken følgelig var i stand til at afvise at betale godtgørelse til delstaten på grund af indskuddets karakteristika, der, selv hvis disse indebar en forøgelse af den risiko, der løbes af delstaten, ikke gav Helaba nogen yderligere fordel i forhold til et indskud, der er foretaget på markedet.
- 118 Faktisk skal det bemærkes, at den risikograd, der påtages af delstaten i dens investeringer, kun er relevant med henblik på deres kvalificering som statsstøtte i henhold til artikel 87 EF, hvis Helaba har opnået en fordel, som banken ikke kunne skaffe sig på markedet.

119 På grundlag af det ovenstående skal sagsøgerens andet anbringende forkastes.

Om anbringendet vedrørende en tilsidesættelse af sagsøgerens processuelle rettigheder

Parternes argumenter

- 120 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen burde have indledt den formelle undersøgelsesprocedure, der er fastsat i artikel 88, stk. 2, EF, eftersom Kommissionen på grundlag af de oplysninger, som den var i besiddelse af, ikke kunne nå til den opfattelse, at det omtvistede indskud var foreneligt med EF-traktaten, og at Kommissionen kun nåede frem til en modsat konklusion, fordi den anvendte kriteriet om den private investor urigtigt ved at finde, at godtgørelsen for det omtvistede indskud var passende, og at de brutto-refinansieringsomkostninger, der følger af det omtvistede indskuds manglende likviditetskarakter, skulle trækkes fra godtgørelsen.
- 121 Sagsøgeren har særligt fundet, at Kommissionen på grund af den manglende likviditet såvel som de grundlæggende forskelle, der findes mellem det omtvistede indskud og de »markedsoverensstemmede« stille indskud, burde have foretaget en dyberegående gennemgang af, om de refinansieringsomkostninger, som Helaba har afholdt, skulle trækkes fra den godtgørelse, som en privat investor ville have krævet. Blandt disse forskelle har sagsøgeren nævnt den omstændighed, at delstaten er frataget enhver mulighed for udtrædelse eller for at afvikle investeringen, og den meget forhøjede risiko, som delstaten har accepteret, dels på grund af det omtvistede indskuds væsentlige omfang, dels på grund af den »akkumulering af risici«, der følger af nævnte indskud og af det, der er genstand for dommen af dags dato i sagen Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen (sag T-163/05), nævnt i præmis 14 ovenfor. Sagsøgeren har fundet, at Kommissionen ligeledes burde have fastsat, hvorvidt en privat investor, hvis indskud som i den foreliggende sag udgør mere end 40% af et selskabs egenkapital, ville have krævet en højere godtgørelse.

- 122 Sagsøgeren har bestridt Kommissionens synspunkt om, at Kommissionen har løst alle vanskelighederne i beslutning 2006/742. Sagsøgeren har i den forbindelse i sin sag til prøvelse af denne beslutning gjort gældende, at der er gjort nøje rede for det pågældende indskuds mange særegenheder i forhold til andre »markedsoverensstemmende« stille indskud såvel som de årsager, der er til hinder for fratrækkelsen af finansieringsomkostningerne. Sagsøgeren har anført, at visse af disse argumenter var nye for Kommissionen, og at Kommissionen derfor stod over for nye spørgsmål, da den undersøgte det omtvistede indskud.
- 123 Sagsøgeren har endvidere anført, at den omstændighed, at Kommissionen stod over for alvorlige vanskeligheder, påvises af den foreløbige undersøgelses varighed, nemlig femten måneder, der langt oversteg den frist på to måneder, som er fastsat for en foreløbig undersøgelse i artikel 4, stk. 5, i forordning nr. 659/1999. Tilstedeværelsen af alvorlige vanskeligheder bliver også bekræftet af den omstændighed, at Kommissionen sendte i alt fire anmodninger om oplysninger til Forbundsrepublikken Tyskland, og at denne anmodede om en forlængelse af den fastsatte frist for besvarelsen.
- 124 Kommissionen har — støttet af Helaba — bestridt disse argumenter. Delstaten har ikke fremsat argumenter i denne henseende.

Rettens bemærkninger

- 125 Det skal bemærkes, at i overensstemmelse med retspraksis er den procedure i artikel 88, stk. 2, EF, der sikrer, at medlemsstaterne og de berørte erhvervskredse høres, og som gør det muligt for Kommissionen at opnå fuld oplysning om alle sagens momenter, inden den træffer beslutning, uundværlig, når Kommissionen støder på alvorlige vanskeligheder ved undersøgelsen af, om den statslige foranstaltning er forenelig med fællesmarkedet (Domstolens dom af 20.3.1984, sag 84/82, Tyskland mod Kommissionen, Sml. s. 1451, præmis 13). Kommissionen kan følgelig kun begrænse sig til den indledende fase i medfør af artikel 88, stk. 3, EF i forbindelse med en godkendelse af en statslig foranstaltning, såfremt den efter en første undersøgelse kan nå til den opfattelse, at denne foranstaltning enten ikke udgør støtte i henhold til artikel 87, stk. 1, EF eller, hvis den betragtes som støtte, er forenelig med fællesmarkedet

(Rettens dom af 12.2.2008, sag T-289/03, BUPA m.fl. mod Kommissionen, Sml. II, s. 81, præmis 329).

- ¹²⁶ Selv om Kommissionen er bundet med hensyn til beslutningen om, hvorvidt denne procedure skal indledes, kan den i henhold til formålet med artikel 88, stk. 3, EF og i overensstemmelse med sin pligt til at følge god forvaltningsskik indlede en dialog med den stat, der har foretaget anmeldelsen, eller med tredjemand for under den indledende procedure at klare eventuelle vanskeligheder (Rettens dom af 15.3.2001, sag T-73/98, Prayon-Rupel mod Kommissionen, Sml. II, s. 867, præmis 45, og Rettens kendelse af 21.11.2005, sag T-426/04, Tramarin mod Kommissionen, Sml. II, s. 4765, præmis 29).
- ¹²⁷ Det skal imidlertid ligeledes bemærkes, at i overensstemmelse med retspraksis skal begrebet alvorlige vanskeligheder fastlægges objektivt. Både med udgangspunkt i omstændighederne ved vedtagelsen af den anfægtede retsakt og i dens indhold skal det undersøges, om der foreligger sådanne vanskeligheder, på et objektivt grundlag ved at sammenholde beslutningens begrundelse med de oplysninger, som Kommissionen havde til rådighed, da den traf afgørelse om den omtvistede støttes forenelighed med fællesmarkedet (dommen i sagen Prayon-Rupel mod Kommissionen, nævnt i præmis 126 ovenfor, præmis 47; jf. i denne retning dom af 18.9.2005, sag T-49/93, SIDE mod Kommissionen, Sml. II, s. 2501, præmis 60). Sagsøgeren har bevisbyrden for, at der foreligger alvorlige vanskeligheder, og kan føre bevis herfor på grundlag af en række samstemmende indicier om dels omstændighederne ved og varigheden af den indledende undersøgelsesprocedure, dels indholdet af den anfægtede beslutning.
- ¹²⁸ I den foreliggende sag har sagsøgeren til støtte for sin påstand om, at Kommissionen ikke har været i stand til at overvinde alle vanskelighederne ved bedømmelsen af det omtvistede indskud, i det væsentlige påstået, at Kommissionen alene kom til den konklusion, at det omtvistede indskud var markedsoverensstemmende, fordi den anvendte kriteriet om den private investor ukorrekt, og har i den forbindelse henvist til sine argumenter vedrørende tilsidesættelsen af artikel 87 EF.

- 129 Spørgsmålet, om Kommissionen anvendte kriteriet om den private investor ukorrekt, må imidlertid ikke sammenblandes med spørgsmålet, om der forelå alvorlige vanskeligheder, der nødvendiggjorde indledningen af den formelle undersøgelsesprocedure. Undersøgelsen af tilstedeværelsen af alvorlige vanskeligheder tilsigter nemlig ikke at konstatere, om Kommissionen anvendte artikel 87 EF korrekt, men at fastslå, om Kommissionen på dagen, hvor den vedtog den anfægtede beslutning, rådede over tilstrækkeligt fuldstændige oplysninger til at vurdere den omtvistede foranstaltnings forenelighed med fællesmarkedet.
- 130 Den omstændighed, at Kommissionens vurdering af det omtvistede indskud efter sagsøgerens opfattelse er ukorrekt, og at Kommissionen ikke har svaret på visse klagepunkter, som sagsøgeren har rejst i forbindelse med sag T-163/05, indebærer ikke, at Kommissionen ikke kan træffe afgørelse vedrørende den pågældende foranstaltning på grundlag af de oplysninger, den rådede over, og at den som følge heraf burde indlede den formelle undersøgelsesprocedure for at færdiggøre sin undersøgelse. Det skal navnlig bemærkes, at ethvert argument, som en interesseret part har fremført i forbindelse med en anden procedure, der vedrører lignende omstændigheder, ikke nødvendigvis medfører alvorlige vanskeligheder, der gør det nødvendigt at indlede den formelle undersøgelsesprocedure.
- 131 Hvad i øvrigt angår sagsøgerens argument om, at Kommissionen på en dyberegående måde burde have undersøgt de grundlæggende forskelle mellem det omtvistede indskud og markedets stille indskud såvel som følgerne af indskuddets illikvide karakter, skal det bemærkes, at Kommissionen har indledt den formelle undersøgelsesprocedure i forbindelse med det pågældende indskud i sagen Bundesverband deutscher Banken mod Kommissionen (T-163/05), nævnt i præmis 14 ovenfor, der har givet anledning til dommen af dags dato, såvel som i forbindelse med andre transaktioner, der vedrører Landesbankerne (de regionale banker), og at det omtvistede indskuds karakteristika, der er nævnt af sagsøgeren, såsom omfanget af den overførte kapital, betydningen af den del af Helabas kernekapital, som den overførte kapital udgør, indskuddets permanente karakter, den manglende mulighed for at afvikle investeringen såvel som hensyntagen til højere omkostninger, der følger af de pågældende transaktioner i forhold til transaktioner, som er foretaget på markedet, på grund af de overførte aktivers manglende likviditetskarakter, i den forbindelse særligt er blevet drøftet. Det skal især bemærkes, at argumentet vedrørende udligningen af den manglende likviditetskarakter ved en nedsat værdi i modsætning til det af sagsøgeren anførte allerede blev påberåbt i løbet af den undersøgelse, der gik forud for vedtagelsen af beslutning

2006/742. Under disse omstændigheder skal det fastslås, at Kommissionen på dagen for vedtagelsen af den anfægtede beslutning ikke alene rådede over oplysninger, der gjorde det muligt for den at vurdere relevansen af hver af det omtvistede indskuds karakteristika, der er nævnt af sagsøgeren, men også, at sagsøgeren såvel som enhver anden interesseret person har haft mulighed for at fremlægge alle de oplysninger, som de fandt nødvendige i den forbindelse, for Kommissionen.

- 132 Hvad angår sagsøgerens argumenter vedrørende varigheden af den indledende undersøgelse såvel som den omstændighed, at Kommissionen sendte flere anmodninger om oplysninger til Forbundsrepublikken Tyskland, før den traf sin beslutning, skal det fastslås, at varigheden af undersøgelsen af det omtvistede indskud overskred den frist, der er fastsat for den indledende undersøgelse af en meddelt foranstaltning, selv når Kommissionens forståelige ønske om at afvente afslutningen af de indledte formelle undersøgelsesprocedurer i forbindelse med tidligere transaktioner til fordel for Landesbankerne tages i betragtning, og at Kommissionen sendte tre anmodninger om oplysninger til Forbundsrepublikken Tyskland, hvoraf en måtte gentages. Det fremgår i den forbindelse ganske vist af retspraksis, at den omstændighed, at der forløber betydeligt længere tid end den, der normalt er påkrævet for en indledende undersøgelse, såvel som indholdet af drøftelserne mellem Kommissionen og den pågældende medlemsstat i den indledende undersøgelsesfase kan udgøre indicier på tilstedeværelsen af alvorlige vanskeligheder ved vurderingen (jf. i denne retning dommen i sagen Tyskland mod Kommissionen, nævnt i præmis 125 ovenfor, præmis 14, 15 og 17, og Rettens dom af 10.5.2000, sag T-46/97, SIC mod Kommissionen, Sml. II, s. 2125, præmis 89 og 102). Det skal imidlertid bemærkes, at henset til sagsøgerens argumenter og til den foreliggende sags omstændigheder, der er undersøgt i præmis 129-131 ovenfor, er den frist, som den anfægtede beslutning er truffet inden for, såvel som fremsendelsen af flere anmodninger om oplysninger ikke tilstrækkeligt til i den foreliggende sag at påvise, at Kommissionen vedtog den anfægtede beslutning på trods af tilstedeværelsen af alvorlige vanskeligheder.

- 133 Det foreliggende anbringende skal følgelig forkastes.

- 134 Da alle sagsøgerens anbringender er blevet forkastet som ubegrundede, bør Kommissionen frifindes.

Om begæringerne om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse

¹³⁵ I sin stævning har sagsøgeren anmodet Retten om at pålægge Kommissionen at fremlægge følgende dokumenter:

- de sagkyndige rapporter såvel som revisionsfirmaets rapport, der er nævnt i betragtning 46 til den anfægtede beslutning
- det kontraktudkast vedrørende det omtvistede indskud, der er nævnt i betragtning 16 til den anfægtede beslutning
- de beregninger, der kan godtgøre det omtvistede indskuds værdi, og som er anført i den anfægtede beslutnings punkt 15 såvel som i revisionsfirmaernes erklæringer.

¹³⁶ Sagsøgeren har desuden anmodet Retten om at pålægge Kommissionen dels at oplyse, hvad det er for en udstedelse, som Kommissionen nævner i betragtning 74 til den anfægtede beslutning, og ved hjælp af hvilken en investor har erhvervet den samlede kernekapital i en tysk bank til et beløb af 500 mio. EUR, dels at oplyse, om aftalerne vedrørende prioritetsstillingen for det omtvistede indskud, og særligt i forhold til indskuddet fra maj 2005, findes.

¹³⁷ I sin stævning har sagsøgeren anmodet Retten om at opfordre Kommissionen til at fremlægge den fortrolige udgave af den anfægtede beslutning såvel som den garanti-aftale, der er indgået mellem Helabas ejere.

- ¹³⁸ De sagkyndige rapporter, revisionsfirmaets rapport, kontraktudkastet såvel som den fortrolige udgave af den anfægtede beslutning er efter Rettens anmodning blevet fremlagt af Kommissionen (jf. præmis 24 ovenfor). Hvad de øvrige dokumenter angår findes det, henset til samtlige ovenstående betragtninger, at Retten har haft reel mulighed for at træffe afgørelse i den foreliggende sag på grundlag af de dokumenter, der er fremlagt af parterne.

Sagens omkostninger

- ¹³⁹ Ifølge procesreglements artikel 87, stk. 2, pålægges det den tabende part at betale sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, bør det i overensstemmelse med Kommissionens, delstatens og Helabas påstand pålægges denne at betale sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser udtaler og bestemmer

RET TEN (Fjerde Afdeling):

1) Europa-Kommissionen frifindes.

- 2) **Bundesverband deutscher Banken eV bærer sine egne omkostninger og betaler Kommissionens, delstaten Hessens og Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrales omkostninger.**

Czúcz

Vadapalas

Labucka

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 3. marts 2010.

Underskrifter

Indhold

Sagens baggrund	II - 542
A — Det omtvistede indskud	II - 542
B — Den administrative procedure og anfægtede beslutning	II - 544
Retsforhandlinger og parternes påstande	II - 548
Retlige bemærkninger	II - 550
1. Formaliteten	II - 550
2. Om realiteten	II - 551
Om anbringendet vedrørende begrundelsesmangel	II - 551
Om kvalificeringen af det omtvistede indskud	II - 552
— Parternes argumenter	II - 552
— Rettens bemærkninger	II - 554
Om hensyntagen til erhvervsskatten	II - 558
— Parternes argumenter	II - 558
— Rettens bemærkninger	II - 558
Om fradraget af refinansieringsomkostningerne	II - 559
— Parternes argumenter	II - 559
— Rettens bemærkninger	II - 560
Om den markedsoverensstemmede art af den godtgørelse, der er aftalt mellem delstaten og Helaba	II - 560
— Parternes argumenter	II - 560
— Rettens bemærkninger	II - 561
Om anbringendet vedrørende en tilsidesættelse af artikel 87 EF	II - 562
Parternes argumenter	II - 562
	II - 583

Rettens bemærkninger	II - 564
— Om investeringens omfang	II - 564
— Om den manglende mulighed for at afvikle investeringen	II - 570
— Om risikoen for tab i tilfælde af konkurs	II - 570
— Om relevansen af godtgørelsens faste karakter	II - 571
— Om relevansen af indskuddet fra maj 2005	II - 573
Om anbringendet vedrørende en tilsidesættelse af sagsøgerens processuelle rettigheder	II - 575
Parternes argumenter	II - 575
Rettens bemærkninger	II - 576
Om begæringerne om foranstaltninger med henblik på sagens tilrettelæggelse	II - 580
Sagens omkostninger	II - 581