

ARREST VAN HET GERECHT (Vierde kamer)

3 maart 2010*

In zaak T-36/06,

Bundesverband deutscher Banken eV, gevestigd te Berlijn (Duitsland), vertegenwoordigd door H.-J. Niemeyer en K.-S. Scholz, advocaten,

verzoeker,

tegen

Europese Commissie, vertegenwoordigd door N. Khan en T. Scharf als gemachtigden,

verweerster,

* Procestaal: Duits.

ondersteund door

Land Hessen (Duitsland), aanvankelijk vertegenwoordigd door H.-J. Freund en M. Holzhäuser, vervolgens door H.-J. Freund en S. Lehr, advocaten,

en door

Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, gevestigd te Frankfurt am Main (Duitsland), vertegenwoordigd door H.-J. Freund, advocaat,

intervenienten,

betreffende een verzoek tot nietigverklaring van beschikking C(2005) 3232 def. van de Commissie van 6 september 2005 betreffende de overdracht van het Hessische Investitionsfonds aan de Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale als stille inbreng,

wijst

HET GERECHT (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: O. Czúcz (rapporteur), president, V. Vadapalas en I. Labucka, rechters,

griffier: C. Kristensen, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 9 september 2008,

het navolgende

Arrest

Voorgeschiedenis van het geding

A — Omstreden inbreng

- 1 De Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (hierna: „Helaba”) is een van de grootste banken van Duitsland. Zij is een publiekrechtelijke instelling. Sinds 1 januari 2001 zijn haar eigenaren het Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen voor 85 %, het Land Hessen (hierna: „Land”) voor 10 % en de Freistaat Thüringen voor 5 %. Helaba fungeert als huisbank van het Land en van de Freistaat Thüringen en als centrale bank van de spaarkassen van Hessen en Thüringen. Daarnaast is zij ook zowel op de nationale als op de internationale markt actief als zakenbank.

- 2 Het Hessische Investitionsfonds (hierna: „fonds”) is in 1970 aangelegd als een bestemmingsvermogen van het Land. Uit het fonds worden renteloze of goedkope leningen voor plaatselijke investeringsprojecten verstrekt. Bij een op 13 december 2002 goedgekeurde wetswijziging werd het Hessische Ministerium der Finanzen gemachtigd om het tegen een marktconforme vergoeding geheel of ten dele als financiële participatie aan een kredietinstelling over te dragen in de vorm van een stille inbreng

in de zin van § 10 van het Kreditwesengesetz (hierna: „KWG”) of in een andere door het prudentiële recht erkende vorm.

- 3 Daartoe hebben het Land en Helaba een overeenkomst gesloten over de voorwaarden waaronder het fonds aan Helaba kon worden overgedragen. Volgens de ontwerpovereenkomst diende het fonds aan Helaba te worden overgedragen in de vorm van een stille inbreng voor onbepaalde tijd (hierna: „omstreden inbreng”) voor een waarde van 594 miljoen EUR tegen een vergoeding van 1,65 % van de nominale waarde verminderd met het deel van de inbreng dat nodig is om de activiteit van het fonds bestaande uit het verlenen van leningen voor plaatselijke investeringsprojecten te garanderen. De ontwerpovereenkomst bevat geen clause die voorziet in een periodiek stijgende rente (hierna: „step-upclause”) krachtens welke de vergoeding na enige tijd stijgt.

- 4 Volgens § 2 van de ontwerpovereenkomst vervalt het recht op vergoeding wanneer Helaba in een bepaald jaar verlies lijdt, dat wil zeggen wanneer uit haar winst- en verliesrekening een verlies voor het voorgaande boekjaar blijkt, of voor zover de betaling van de vergoeding tot een dergelijk boekhoudkundig verlies zou leiden. De niet-betaalde vergoedingen worden in de daaropvolgende jaren betaald voor zover in die jaren geen verlies wordt geleden en de betaling van de vergoeding niet tot een dergelijk verlies leidt. De omstreden inbreng participeert ten volle in de verliezen, maar elke vermindering van de waarde van de inbreng moet door Helaba in het daaropvolgende jaar worden weggewerkt tot de nominale waarde weer wordt bereikt. De betaling van de vergoeding voor de omstreden inbreng heeft voorrang boven de betaling van dividend op het vennootschappelijk kapitaal en boven het aanleggen van reserves.

- 5 Ingevolge § 4 van de ontwerpovereenkomst kan het Land de stille inbreng niet opzeggen. Volgens lid 8 van deze bepaling „zal de [omstreden] inbreng in geval van faillissement of liquidatie van [Helaba] slechts worden gerestitueerd nadat alle schuldeisers van [Helaba], daaronder begrepen de houders van genotsrechten en van ander

garantiekapitaal in de zin van § 10, lid 5a, KWG, zijn betaald, maar vóór de aandeelhouders worden betaald”.

B — *Administratieve procedure en bestreden beschikking*

- 6 Bij brief van 4 juni 2004 heeft de Bondsrepubliek Duitsland de voorgenomen inbreng aangemeld en de Commissie van de Europese Gemeenschappen verzocht, vast te stellen dat deze inbreng geen staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG vormt.
- 7 Op 4 augustus 2004 heeft de Commissie om aanvullende informatie verzocht. Bij brieven van 31 augustus en 7 september 2004 heeft de Bondsrepubliek Duitsland haar deze informatie verstrekt.
- 8 Bij brief van 29 september 2004 heeft de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland krachtens artikel 4, lid 5, van verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel [88 EG] (PB L 83, blz. 1) toestemming gevraagd om de termijn van twee maanden voor het eerste onderzoek van de aangemelde maatregel te verlengen. Bij brief van 7 oktober 2004 heeft de Bondsrepubliek Duitsland ingestemd met een verlenging van die termijn tot 31 december 2004.
- 9 Bij brieven van 15 en 22 november 2004 heeft de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland om andere informatie verzocht.

- 10 Bij brief van 21 december 2004 heeft de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland een termijn van 30 dagen gegeven voor de mededeling van de gevraagde informatie en verklaard dat zij de aanmelding als ingetrokken in de zin van artikel 5, lid 3, van verordening nr. 659/1999 zal beschouwen indien de informatie niet tijdig wordt verstrekt.
- 11 Bij brief van 30 maart 2005 heeft de Bondsrepubliek Duitsland aanvullende informatie over de marktconformiteit verstrekt. Bij brief van 20 mei 2005 heeft de Commissie om andere informatie verzocht. De Bondsrepubliek Duitsland heeft daarop gereageerd bij brief van 3 juni 2005.
- 12 Bij beschikking C(2005) 3232 def. van de Commissie van 6 september 2005 betreffende de overdracht van het Hessische Investitionsfonds aan de Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale als stille inbreng (hierna: „bestreden beschikking”) heeft de Commissie na afloop van het eerste onderzoek geoordeeld dat de omstreden inbreng geen staatssteun vormt.
- 13 In de bestreden beschikking verklaart de Commissie dat, om uit te maken of de omstreden inbreng Helaba een voordeel oplevert dat als staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG kan worden aangemerkt, het criterium van „de particuliere investeerder in een markt-economie” (hierna: „particuliere investeerder”) moet worden toegepast, volgens hetwelk kapitaalinvloeden tegen voorwaarden waaronder een particuliere investeerder bereid zou zijn middelen ter beschikking te stellen van een vergelijkbare onderneming, geen staatssteun vormen. De Commissie verwijst dienaangaande naar het arrest van het Gerecht van 6 maart 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen/ Commissie (T-228/99 en T-233/99, Jurispr. blz. II-435; hierna: „arrest WestLB”).
- 14 Wat allereerst de juridische en economische kwalificatie van de omstreden inbreng betreft, is de Commissie van oordeel dat deze inbreng vergelijkbaar is met andere op de markt gedane stille invloeden en dat de marktconformiteit van de tussen de

partijen overeengekomen vergoeding dus kan worden beoordeeld door vergelijking met de vergoeding voor die stille inbrengen. Dienaangaande stelt zij in de eerste plaats vast dat de omstreden inbreng in de ontwerpovereenkomst uitdrukkelijk als stille inbreng is aangemerkt. Verder verklaart zij dat de voorwaarden waaronder de omstreden inbreng is gedaan, vergelijkbaar zijn met die waaronder andere stille inbrengen zijn gedaan, in die zin dat de inbreng vóór het vennootschappelijk kapitaal moet worden gerestitueerd en dat het Land de volledige overeengekomen vergoeding ontvangt en geen winstgerelateerd dividend. Zij voegt eraan toe dat er op de markt stille inbrengen voor onbepaalde tijd zonder step-upclausule, zoals de omstreden inbreng, bestaan en dat de omvang van de omstreden inbreng niet ongewoon is. Ten slotte verwijst zij voor de kwalificatie van de inbreng in een voetnoot naar haar beschikking 2006/742/EG van 20 oktober 2004 betreffende staatssteun van Duitsland ten gunste van Helaba (PB 2006, L 307, blz. 159), die in geding was in de zaak die heeft geleid tot het door het Gerecht vandaag gewezen arrest Bundesverband deutscher Banken/Commissie (T-163/05, Jurispr. blz. II-387).

- 15 De Commissie berekent vervolgens de passende vergoeding voor het kapitaal dat Helaba als garantie voor de uitbreiding van haar kredietverleningsactiviteiten kan gebruiken. Zij verklaart dienaangaande dat op de markt de vergoeding voor stille inbrengen bestaat uit een referentietarief vermeerderd met een vergoedingstoeslag (hierna: „garantievergoeding”), maar dat haars inziens in het onderhavige geval van de marktconforme vergoeding het met het referentietarief overeenkomende deel moet worden afgetrokken om rekening te houden met het feit dat de omstreden inbreng Helaba geen liquide middelen verschaft. Daarentegen moet de belasting over industriële en commerciële activiteiten (hierna: „bedrijfsbelasting”), die verschuldigd is door de in Duitsland werkzame industriële en commerciële investeerders, maar die in het onderhavige geval door Helaba moet worden betaald, omdat het Land daartoe niet verplicht is, haars inziens aan de tussen de partijen overeengekomen vergoeding worden toegevoegd omdat zij deel uitmaakt van de lasten die Helaba voor de omstreden inbreng draagt.
- 16 De Commissie baseert haar conclusie ter zake van de berekening van de marktconforme garantievergoeding op twee deskundigenverslagen van investeringsbanken alsmede op het verslag van een accountantsvennootschap over die verslagen. Op grond van die drie verslagen acht de Commissie het redelijk, uit te gaan van een garantievergoeding van 65 à 90 basispunten, die overeenkomt met de toeslag die op de markt

wordt vastgesteld voor door emittenten uit de banksector geëmitteerde, in euro's uitgedrukte stille inbrengen voor onbepaalde tijd met een step-upclausule.

- 17 De Commissie onderzoekt of op deze garantiEVERGOEDING toeslagen of afslagen dienen te worden toegepast om rekening te houden met de specifieke kenmerken van de omstreden inbreng in vergelijking met de als referentie voor de berekening van de vergoeding gebruikte stille inbrengen. Zij is dienaangaande van mening dat een toeslag van 30 à 40 basispunten moet worden toegepast om rekening te houden met het feit dat de omstreden inbreng, anders dan de als referentie gebruikte stille inbrengen voor onbepaalde tijd, geen step-upclausule bevat. Daarentegen dient haars inziens geen toeslag te worden toegepast voor het feit dat ten gevolge van de omstreden inbreng het aandeel stille inbrengen in het basisvermogen van Helaba 57 % zal bedragen, wat veel meer is dan het aandeel van dit soort instrumenten in het eigen vermogen van de particuliere banken, en evenmin voor het feit dat de omstreden inbreng het aandeel stille inbrengen van het Land in het basisvermogen van Helaba op 44 % zal brengen. Ten slotte acht de Commissie een toeslag van 10 basispunten om rekening te houden met het feit dat de vergoeding slechts wordt betaald indien Helaba in het betrokken jaar winst maakt, potentieel gerechtvaardigd, maar zij spreekt zich daar niet definitief over uit omdat de inaanmerkingneming van deze toeslag geen verandering brengt in het eindoordeel.
- 18 Ten slotte concludeert de Commissie op grond van al deze overwegingen dat de marktconforme vergoeding voor een inbreng als de omstreden inbreng 1 à 1,4 % bedraagt. Zij is bijgevolg van oordeel dat de tussen Helaba en het Land overeengekomen vergoeding van 1,65 %, waarbij nog de bedrijfsbelasting komt, Helaba geen voordeel verstrekt en dus niet als staatssteun kan worden aangemerkt
- 19 Zij voegt eraan toe dat Helaba in mei 2005 bij particuliere institutionele investeerders een stille inbreng voor onbepaalde tijd zonder step-upclausule voor een waarde van 250 miljoen EUR heeft opgenomen tegen een vergoeding van 5,5 % per jaar. Zij verklaart dat die 5,5 % bestaat uit het referentietarief (Euribor of Mid-Swap; in de bestreden beschikking wordt gepreciseerd dat deze laatste op het tijdstip van de vaststelling van de beschikking 3,84 % bedroeg) vermeerderd met een garantiEVERGOEDING. Haars

inziens bevestigen de voorwaarden waaronder deze stille inbreng is gedaan, haar oordeel dat de voor de omstreden inbreng overeengekomen vergoeding marktconform is en dat Helaba een stille inbreng op de markt zal kunnen opnemen indien zij de omstreden inbreng niet zou krijgen.

Procesverloop en conclusies van partijen

- ²⁰ Bij op 26 januari 2006 ter griffie van het Gerecht neergelegd verzoekschrift heeft verzoeker, het Bundesverband deutscher Banken eV, het onderhavige beroep ingesteld.
- ²¹ Bij respectievelijk op 6 en 13 juni 2006 ter griffie van het Gerecht neergelegde akten hebben Helaba en het Land verzocht, in de onderhavige procedure te mogen tussenkomen ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. Bij beschikking van 14 september 2006 heeft de president van de Derde kamer van het Gerecht toestemming gegeven voor deze interventies. De interveniënten hebben hun memories binnen de gestelde termijn ingediend. Verzoeker en de Commissie hebben ook hun opmerkingen over die memories binnen de gestelde termijn ingediend.
- ²² Bij de wijziging van de samenstelling van de kamers van het Gerecht is de rechter-rapporteur toegevoegd aan de Vierde kamer. Daarop is de onderhavige zaak toegewezen aan die kamer.
- ²³ Wegens het nakende einde van de ambtstermijn van een van de leden van de kamer, heeft de president van het Gerecht ter aanvulling van de kamer een andere rechter aangewezen krachtens artikel 32, lid 3, van het Reglement voor de procesvoering van het Gerecht.

- 24 Bij brief van 20 mei 2008 heeft het Gerecht de Commissie gelast, een aantal documenten, waaronder de vertrouwelijke versie van de bestreden beschikking, over te leggen. De Commissie heeft binnen de gestelde termijn aan dit verzoek voldaan.
- 25 Op rapport van de rechter-rapporteur heeft het Gerecht (Vierde kamer) de mondelinge behandeling geopend.
- 26 Ter terechtzitting van 9 september 2008 hebben partijen pleidooi gehouden en geantwoord op de vragen van het Gerecht.
- 27 Naar aanleiding daarvan is beslist om, alvorens de mondelinge behandeling te sluiten, de Commissie de gelegenheid te geven, schriftelijk te antwoorden op een van de vragen van het Gerecht. De Commissie heeft haar antwoord, en verzoeker heeft zijn opmerkingen, binnen de gestelde termijn ingediend. Op 8 oktober 2008 is de mondelinge behandeling gesloten.
- 28 Verzoeker concludeert dat het het Gerecht behage:
- de bestreden beschikking nietig te verklaren;
 - de Commissie te verwijzen in de kosten.

29 De Commissie, ondersteund door Helaba, concludeert dat het het Gerecht behage:

- het beroep niet-ontvankelijk en, subsidiair, ongegrond te verklaren;
- verzoeker te verwijzen in de kosten.

30 Het Land concludeert dat het het Gerecht behage:

- he beroep te verwerpen;
- verzoeker te wijzen in de kosten.

In rechte

1. *Ontvankelijkheid*

31 De Commissie, ondersteund door Helaba, betoogt dat het beroep niet-ontvankelijk is omdat verzoeker door de bestreden beschikking niet individueel wordt geraakt.

- 32 Er zij aan herinnerd dat de rechter mag beoordelen of het in de omstandigheden van het concrete geval in het belang van een goede rechtsbedeling is, het beroep te verwerven zonder eerst uitspraak te doen op de door de verwerende partij opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid (arrest Hof van 26 februari 2002, Raad/Boehringer, C-23/00 P, Jurispr. blz. I-1873, punten 51 en 52, en arrest Gerecht van 13 september 2006, Sinaga/Commissie, T-217/99, T-321/00 en T-222/01, niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 68).
- 33 In de omstandigheden van het onderhavige geval is het Gerecht van oordeel dat de door verzoeker aangevoerde middelen meteen moeten worden onderzocht zonder eerst uitspraak te doen op de door de Commissie opgeworpen exceptie van niet-ontvankelijkheid, aangezien het beroep tot nietigverklaring in elk geval om de hierna genoemde redenen ongegrond is.

2. Ten gronde

- 34 Verzoeker voert drie middelen aan, te weten ontoereikende motivering, schending van artikel 87 EG en schending van zijn procedurele rechten doordat de Commissie geen formele onderzoeksprocedure in de zin van artikel 88, lid 2, EG heeft ingeleid.

Het middel inzake ontoereikende motivering

- 35 Verzoeker betoogt dat de bestreden beschikking ontoereikend is gemotiveerd ter zake van de kwalificatie van de omstreden inbreng als stille inbreng voor de vergelijking met wat op de markt gangbaar is, ter zake van de inaanmerkingneming van de bedrijfsbelasting, ter zake van de aftrek van de herfinancieringskosten en ter zake van de marktconformiteit van de vergoeding.

De kwalificatie van de omstreden inbreng

— Argumenten van partijen

- ³⁶ Verzoeker betoogt dat het door de Commissie in punt 25 van de bestreden beschikking geformuleerde oordeel dat de omstreden inbreng „vergelijkbaar is met andere op de markt gangbare stille inbrengen”, ontoereikend is gemotiveerd.
- ³⁷ Ten eerste laakt hij het feit dat de Commissie haar oordeel over de kwalificatie van de omstreden inbreng op de ontwerpovereenkomst baseert zonder een samenvatting te geven van de inhoud daarvan. De Commissie heeft alleen gewezen op het feit dat de partijen bij de omstreden inbreng deze in de ontwerpovereenkomst als stille inbreng hebben aangemerkt, en heeft dus niet aangegeven waarom de omstreden inbreng vergelijkbaar is met andere op de markt gangbare stille inbrengen.
- ³⁸ Ten tweede betoogt hij dat de Commissie geen gronden geeft voor haar in punt 26 van de bestreden beschikking geformuleerde stelling dat in geval van faillissement of liquidatie de omstreden inbreng vóór het vennootschappelijk kapitaal moet worden gerestitueerd, vooral daar in de overeenkomst betreffende de inbreng die aan de orde is in de zaak die tot het vandaag gewezen arrest Bundesverband deutscher Banken/Commissie (T-163/05), aangehaald in punt 14 hierboven, heeft geleid, wordt bepaald dat de restitutie van de inbreng geen voorrang heeft boven de terugbetaling van het vennootschappelijk kapitaal.
- ³⁹ Ten derde betoogt hij dat de in punt 26 van de bestreden beschikking geformuleerde stelling dat het Land „de volledige overeengekomen vergoeding ontvangt, terwijl degene die in vennootschappelijk kapitaal investeert, slechts recht heeft op een

winstgerelateerd dividend”, niet duidelijk is, en dat daaruit niet kan worden opgemaakt wat de Commissie met deze vergelijking wil bewijzen.

- 40 Ten vierde geeft de Commissie geen gronden voor haar in punt 27 van de bestreden beschikking geformuleerde stellingen dat „op de kapitaalmarkt stille inbrengen zonder step-upclausule te vinden zijn” en dat „ook de omvang van de betrokken stille inbreng niet ongewoon is”. Volgens verzoeker had de Commissie, indien zij deze stellingen wou baseren op de uit 1998 en 1999 daterende emissies waarnaar zij in beschikking 2006/742 heeft verwezen, het desbetreffende deel van die beschikking in de bestreden beschikking moeten overnemen. Bovendien is hij van mening dat de Commissie niet heeft aangegeven waarom de situatie op de kapitaalmarkt in 1998 en 1999 vergelijkbaar was met die op het tijdstip van de vaststelling van de bestreden beschikking, te weten in de zomer van 2005. Verder betoogt hij dat de Commissie in beschikking 2006/742 zonder meer de argumenten heeft overgenomen die de Bondsrepubliek Duitsland met betrekking tot de uit 1998 en 1999 daterende emissies had aangevoerd. In zijn opmerkingen over de memories in interventie voegt hij daaraan toe dat de bestreden beschikking niet voldoet aan het motiveringsvereiste omdat de in de niet-vertrouwelijke versie van die beschikking vermelde stille inbrengen niet kunnen worden geïdentificeerd wegens het feit dat de banken niet met name worden genoemd.
- 41 Ten vijfde zou de Commissie onvoldoende gronden hebben gegeven voor haar in punt 29 van de bestreden beschikking geformuleerde stelling dat de omstrede inbreng voor het Land „verschillende voordelen” heeft ten opzichte van een investering in vennootschappelijk kapitaal. Verzoeker betoogt dienaangaande dat stellingen van de Commissie „oppervlakkig”, „partijdig” en „nietszeggend” zijn.
- 42 Volgens de Commissie, ondersteund door Helaba, is de bestreden beschikking niet ontoereikend gemotiveerd ter zake van de kwalificatie van de omstrede inbreng als stille inbreng. Het Land heeft dienaangaande geen argumenten aangevoerd.

— Beoordeling door het Gerecht

- 43 Er zij aan herinnerd dat de omvang van de motiveringsplicht afhankelijk is van de aard van de betrokken handeling en van de context waarin deze is vastgesteld. De motivering moet de redenering van de instelling duidelijk en ondubbelzinnig tot uitdrukking doen komen, zodat enerzijds de rechter de wettigheid ervan kan toetsen en anderzijds de belanghebbenden kennis kunnen nemen van de gronden van de genomen maatregel om hun rechten te kunnen verdedigen en te kunnen nagaan of de beslissing gegrond is (arrest WestLB, aangehaald in punt 13 hierboven, punt 278).
- 44 Het is niet noodzakelijk dat alle relevante gegevens feitelijk of rechtens in de motivering worden gespecificeerd, aangezien bij de vraag of de motivering van een handeling aan de vereisten van artikel 253 EG voldoet, niet alleen acht moet worden geslagen op de bewoordingen ervan, doch ook op de context en op het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen (arrest WestLB, aangehaald in punt 13 hierboven, punt 279).
- 45 In het bijzonder is de Commissie niet verplicht haar standpunt te bepalen over alle argumenten die de belanghebbenden hebben aangevoerd, maar kan zij volstaan met een uiteenzetting van de feiten en juridische overwegingen die in het bestek van haar beschikking van wezenlijk belang zijn (arrest WestLB, aangehaald in punt 13 hierboven, punt 280).
- 46 Met betrekking tot een beschikking waarin de Commissie oordeelt dat de aangeelde maatregel geen staatssteun vormt, eist de motiveringsplicht inzonderheid dat wordt aangegeven waarom de Commissie van mening is dat de betrokken maatregel niet binnen de werkingssfeer van artikel 87, lid 1, EG valt.
- 47 Het is overigens vaste rechtspraak dat de motiveringsplicht een wezenlijk vormvoorschrift is dat moet worden onderscheiden van de vraag naar de gegrondheid van de

motivering, die de inhoudelijke rechtmatigheid van de omstreden handeling betreft (zie arrest Gerecht van 12 september 2007, Italië/Commissie, T-239/04 en T-323/04, Jurispr. blz. II-3265, punt 117 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

- 48 Met betrekking tot, ten eerste, verzoekers kritiek dat de Commissie zich op de ontwerpovereenkomst baseert terwijl de inhoud daarvan niet in de bestreden beschikking is opgenomen en verzoeker of het Gerecht ook niet bekend is, behoeft slechts te worden vastgesteld, dat de Commissie de bepalingen van de ontwerpovereenkomst weliswaar niet woordelijk overneemt, maar melding maakt van de verschillende elementen van dat ontwerp waarop zij haar juridische beoordeling baseert, zodat zowel verzoeker als het Gerecht kennis kan nemen van haar redenering.
- 49 Aangaande het argument dat de Commissie alleen wijst op het feit dat de partijen bij de omstreden inbreng deze in de ontwerpovereenkomst als stille inbreng hebben aangemerkt, dient enerzijds te worden vastgesteld dat de Commissie zich niet alleen op de kwalificatie van de omstreden inbreng door de partijen heeft gebaseerd, en anderzijds dat, zelfs indien zij dat zou hebben gedaan, deze omstandigheid geen ontoereikende motivering van de bestreden beschikking oplevert omdat de vraag of de Commissie zich voor de kwalificatie van de inbreng uitsluitend op de door de partijen gegeven kwalificatie kan baseren, de gegrondheid en niet de toereikendheid van de door de Commissie genoemde gronden betreft.
- 50 Met betrekking tot, ten tweede, het argument dat de Commissie geen gronden geeft voor haar stelling dat in geval van faillissement of liquidatie de omstreden inbreng vóór het vennootschappelijk kapitaal moet worden gerestitueerd, dient erop te worden gewezen dat die stelling gewoon de vaststelling van een onderdeel van de ontwerpovereenkomst is (zie punt 5 hierboven) en bijgevolg niet nader moest worden gemotiveerd. Verzoekers twijfel omtrent de juistheid van die vaststelling betreft niet de toereikendheid van de motivering van de bestreden beschikking, maar de gegrondheid ervan en inzonderheid de materiële juistheid van de door de Commissie in aanmerking genomen feiten.

- 51 Met betrekking tot, ten derde, de motivering van de stelling van de Commissie dat het Land „de volledige overeengekomen vergoeding ontvangt, terwijl degene die in vennootschappelijk kapitaal investeert, slechts recht heeft op een winstgerelateerd dividend”, behoeft slechts te worden vastgesteld dat bij lezing van de volledige zin van punt 26 van de bestreden beschikking, waarin staat dat het Land, „net als de op de kapitaalmarkt opererende investeerder die een stille inbreng doet”, de volledige vergoeding ontvangt, duidelijk blijkt dat de Commissie heeft geoordeeld dat de vorm van de voor de omstreden inbreng overeengekomen vergoeding kenmerkend was voor stille inbrengen en niet voor vennootschappelijk kapitaal, en dat onder meer die omstandigheid ervoor pleitte, de omstreden inbreng als stille inbreng aan te merken. Verzoekers twijfel omtrent de vraag of de vorm van de voor de omstreden inbreng overeengekomen vergoeding daadwerkelijk kenmerkend is voor stille inbrengen, betreft niet de motivering van de bestreden beschikking, maar de gegrondheid ervan.
- 52 Met betrekking tot, ten vierde, de motivering van de stellingen van de Commissie dat „op de kapitaalmarkt stille inbrengen zonder step-upclausule te vinden zijn” en dat „ook de omvang van de betrokken stille inbreng niet ongewoon is”, behoeft alleen te worden opgemerkt dat de Commissie slechts twee omstandigheden heeft vastgesteld die duidelijk blijken uit de in de deskundigenverslagen verstrekte informatie en met name uit de op de markt verrichte transacties waarnaar zij in de punten 49 en 56 van de bestreden beschikking verwijst. De in een voetnoot verrichte verwijzing naar beschikking 2006/742 ziet niet op die twee feitelijke vaststellingen, maar op de gehele redenering van de Commissie ter zake van de kwalificatie van de omstreden inbreng als stille inbreng voor de vergelijking van de overeengekomen vergoeding met wat op de markt gangbaar is. Aangezien de Commissie die stellingen niet op de marktgegevens betreffende de jaren 1998 en 1999 heeft gebaseerd, diende zij niet aan te geven waarom de situatie van de markt in 1998 en 1999 vergelijkbaar was met die op het tijdstip van de vaststelling van de bestreden beschikking.
- 53 Het argument dat de Commissie niet naar beschikking 2006/742 kon verwijzen en de relevante delen van die beschikking in de bestreden beschikking had moeten overnemen, wordt ontkracht door de rechtspraak volgens welke een beschikking afdoende is gemotiveerd wanneer daarin wordt verwezen naar een document dat reeds in het bezit is van de adressaat van de beschikking, en de gegevens bevat waarop de instelling

haar beslissing heeft gebaseerd (zie in die zin, mutatis mutandis, arrest Gerecht van 24 april 1996, *Industrias Pesqueras Campos e.a./Commissie*, T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 en T-234/94, *Jurispr. blz. II-247*, punt 144), wat in casu het geval is, aangezien verzoeker onmiddellijk na de vaststelling van beschikking 2006/742 een kopie daarvan heeft ontvangen, en die beschikking verschillende maanden voor de bestreden beschikking is vastgesteld.

- 54 Aangaande het argument dat de bestreden beschikking ontoereikend is gemotiveerd omdat de ter vergelijking gebruikte stille inbrengen niet kunnen worden geïdentificeerd wegens het feit dat de banken die deze inbrengen hebben geëmitteerd niet met name worden genoemd, dient te worden beklemtoond dat verzoekers kritiek in feite de onvolledigheid van de niet-vertrouwelijke versie waarover hij op het tijdstip van de instelling van zijn beroep beschikte, en niet de motivering van de bestreden beschikking als zodanig betreft. Er dient overigens op te worden gewezen dat in het onderhavige geval de maskering van bepaalde gegevens in die versie niet van dien aard was dat verzoeker daardoor werd belet zijn rechten te verdedigen en na te gaan of de bestreden beschikking gegrond was. Enerzijds bevat de niet-vertrouwelijke versie van de bestreden beschikking immers, in weerwil van de maskering van de namen van de banken die de betrokken inbrengen hebben geëmitteerd, op voldoende begrijpelijke wijze de beoordelingselementen waarop de Commissie haar standpunt heeft gebaseerd. Anderzijds is de vertrouwelijke versie van de bestreden beschikking, zoals deze officieel ter kennis is gebracht aan de Bondsrepubliek Duitsland, in elk geval in de loop van de procedure aan verzoeker meegedeeld (zie punt 24 hierboven) zonder dat deze nieuwe opmerkingen heeft gemaakt op basis van de betrokken passages.
- 55 Met betrekking tot, ten vijfde, het oordeel van de Commissie dat de omstreden inbreng voor het Land „verschillende voordelen” heeft ten opzichte van een investering in vennootschappelijk kapitaal, dient te worden opgemerkt dat verzoeker met zijn argument dat de stellingen van de Commissie „oppervlakkig”, „partijdig” en „nietszeggend” zijn, in feite niet de toereikendheid van de motivering, maar de gegrondheid van het oordeel betwist.
- 56 In die omstandigheden dient te worden geoordeeld dat de bestreden beschikking niet ontoereikend is gemotiveerd ter zake van de kwalificatie van de omstreden inbreng.

De inaanmerkingneming van de bedrijfsbelasting

— Argumenten van partijen

- 57 Verzoeker betoogt dat de bestreden beschikking geen enkele motivering bevat ter zake van het in punt 36 ervan geformuleerde oordeel dat „[e]n in een markteconomie opererende institutionele investeerder [...] een hogere vergoeding zou hebben verlangd dan het Land, ter compensatie van de last van de bedrijfsbelasting” en dat „[o]mgekeerd Helaba zonder meer bereid zou zijn geweest aan een dergelijke investeerder een toeslag op de vergoeding te betalen”.
- 58 De Commissie, ondersteund door Helaba, betwist dat de bestreden beschikking ontoereikend is gemotiveerd ter zake van de inaanmerkingneming van de bedrijfsbelasting als last die Helaba voor de omstreden inbreng draagt. Het Land heeft dienaangaande geen argumenten aangevoerd.

— Beoordeling door het Gerecht

- 59 Vaststaat dat de Commissie in het onderhavige geval slechts toepassing heeft gemaakt van de conclusie waartoe zij in beschikking 2006/742 was gekomen met betrekking tot de in die zaak aan de orde zijnde inbreng. Zoals hierboven (zie punt 53) is uiteengezet, was verzoeker reeds in het bezit van deze beschikking.
- 60 Bij het onderzoek — in de punten 188 tot en met 192 van het vandaag gewezen arrest Bundesverband deutscher Banken/Commissie (T-163/05), aangehaald in punt 14 hierboven — van beschikking 2006/742 en van verzoekers argumenten inzake de kennelijke beoordelingsfout die de Commissie dienaangaande zou hebben gemaakt, is

niet gebleken van een motiveringsgebrek dat verzoeker zou beletten deze beschikking aan te vechten of dat het Gerecht zou beletten de gegrondheid van deze beschikking te beoordelen.

- ⁶¹ Hieruit volgt dat de bestreden beschikking in elk geval in de lijn van een aan verzoeker bekende besluitvormingspraktijk ligt en bijgevolg summier mocht worden gemotiveerd (zie in die zin arrest Hof van 26 november 1975, *Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e.a./Commissie*, 73/74, Jurispr. blz. 1491, punt 31).

De aftrek van de herfinancieringskosten

— Argumenten van partijen

- ⁶² Verzoeker betoogt dat uit de punten 37 tot en met 41 van de bestreden beschikking niet kan worden opgemaakt aan de hand van welke criteria de Commissie tot de conclusie is gekomen dat Helaba daadwerkelijk extra herfinancieringskosten ten belope van de brutoherfinancieringsrente draagt ten opzichte de herfinancieringskosten die haar in geval van een stille inbreng van liquide middelen zouden zijn toegekomen, en evenmin waarom de fiscale aftrekbaarheid van de vergoeding aftrek van de herfinancieringskosten rechtvaardigt.
- ⁶³ De Commissie, ondersteund door Helaba, betwist dat de bestreden beschikking ontoereikend is gemotiveerd ter zake van de inaanmerkingneming van het feit dat Helaba in het onderhavige geval extra herfinancieringskosten draagt. Het Land heeft dienaangaande geen argumenten aangevoerd.

— Beoordeling door het Gerecht

- 64 Opgemerkt zij dat, zoals verzoeker in zijn verzoekschrift heeft verklaard, de Commissie in het onderhavige geval slechts toepassing heeft gemaakt van de conclusie waartoe zij in beschikking 2006/742 met betrekking tot de aldaar aan de orde zijnde inbreng was gekomen.
- 65 In die omstandigheden moeten, mede gelet op het feit dat het Gerecht in zijn vandaag gewezen arrest Bundesverband deutscher Banken/Commissie (T-163/05), aangehaald in punt 14 hierboven, heeft geoordeeld dat de Commissie haar conclusie afdoende had gemotiveerd (zie punten 265 tot en met 267 van het arrest), verzoekers argumenten inzake ontoereikende motivering van de bestreden beschikking worden afgewezen, aangezien de bestreden beschikking in elk geval kon worden begrepen tegen de achtergrond van de in beschikking 2006/742 gegeven motivering (zie punt 61 hierboven).

De marktconformiteit van de tussen het Land en Helaba overeengekomen vergoeding

— Argumenten van partijen

- 66 Volgens verzoeker zijn de gronden die de Commissie heeft aangevoerd voor haar conclusie dat de tussen het Land en Helaba overeengekomen vergoeding marktconform is, ontoereikend. Hij betoogt dienaangaande dat de overweging in punt 69 van de bestreden beschikking, dat door het feit dat een groot deel van het basisvermogen uit stille inbrengen bestaat, het waarschijnlijker wordt dat een claim wordt gelegd op deze inbrengen „in plaats van op het vennootschappelijk kapitaal”, ontoereikend is en bovendien in tegenspraak is met de stelling van de Commissie dat in geval van faillissement de stille inbrengen vóór het vennootschappelijk kapitaal moeten worden gerestitueerd. Hij is eveneens van mening dat de door de Commissie in punt 73 van de bestreden beschikking geformuleerde stelling dat het Land een sterke invloed uitoefent op het risicoprofiel van Helaba, niet met redenen is omkleed, en dat de

Commissie niet uitlegt of de voorwaarden van de door haar in punt 74 van de bestreden beschikking vermelde emissie van 500 miljoen EUR waarop door een enkele investeerder zou zijn ingetekend, vergelijkbaar zijn met die van de omstreden inbreng, zodat verzoeker noch het Gerecht kunnen nagaan of die twee inbrengen vergelijkbaar zijn.

- 67 De Commissie, ondersteund door Helaba, betwist dat de bestreden beschikking ontoereikend is gemotiveerd ter zake van de marktconformiteit van de voor de omstreden inbreng overeengekomen vergoeding. Het Land heeft dienaangaande geen argumenten aangevoerd.

— Beoordeling door het Gerecht

- 68 Met betrekking tot de stelling van de Commissie dat door het feit dat een groot deel van het basisvermogen uit stille inbrengen bestaat, het waarschijnlijker wordt dat een claim wordt gelegd op deze inbrengen „in plaats van op het vennootschappelijk kapitaal”, dient te worden vastgesteld dat bij lezing van de gehele tekst van de bestreden beschikking duidelijk blijkt dat de Commissie met deze stelling, ook al is de formulering ervan niet perfect, niet de rangorde tussen het vennootschappelijke kapitaal en de stille inbrengen in geval van faillissement heeft willen bepalen, maar heeft willen aangeven dat het risico dat in geval van economische moeilijkheden het vennootschappelijk kapitaal niet volstaat, groter is wanneer een groot deel van het basisvermogen uit stille inbrengen bestaat. Deze stelling belet verzoeker dus niet de bestreden beschikking aan te vechten en belet het Gerecht ook niet de rechtmatigheid ervan te beoordelen.
- 69 Met betrekking tot de stelling van de Commissie dat het Land een sterke invloed uitoefent op het risicoprofiel van Helaba, dient te worden opgemerkt dat de Commissie in punt 73 van de bestreden beschikking heeft uitgelegd waarop die stelling is gebaseerd. Deze uitlegging was weliswaar gemaskeerd in de niet-vertrouwelijke versie van de bestreden beschikking waarover verzoeker op het tijdstip van de instelling van zijn beroep beschikte, doch de vertrouwelijke versie van de beschikking is door de Commissie op verzoek van het Gerecht overgelegd en vóór de terechtzitting aan verzoeker

meegedeeld (zie punt 24 hierboven). In die omstandigheden dient te worden geoordeeld dat verzoeker zijn rechten heeft kunnen verdedigen.

- 70 Met betrekking tot het feit dat de Commissie niet uitlegt of de voorwaarden van de emissie van 500 miljoen EUR waarop door een enkele investeerder zou zijn ingetekend, vergelijkbaar zijn met die van de omstreden inbreng, dient te worden opgemerkt dat uit de bestreden beschikking blijkt dat de Commissie dit voorbeeld noemt om aan te tonen dat het niet is uitgesloten dat een investeerder zijn risico's in een enkele onderneming concentreert. De vraag of het feit dat een dergelijke concentratie van risico's in een bepaalde onderneming niet is uitgesloten volstaat om de tussen het Land en Helaba overeengekomen vergoeding als marktconform te beschouwen, betreft echter niet de motivering van de bestreden beschikking, maar de gegrondheid ervan.
- 71 In die omstandigheden dient te worden geoordeeld dat de bestreden beschikking niet ontoereikend is gemotiveerd ter zake van de marktconformiteit van de voor de omstreden inbreng overeengekomen vergoeding.
- 72 Het middel inzake ontoereikende motivering van de bestreden beschikking wordt dus afgewezen.

Het middel inzake schending van artikel 87 EG

Argumenten van partijen

- 73 Volgens verzoeker heeft de Commissie artikel 87 EG geschonden door te oordelen dat de voor de omstreden inbreng overeengekomen vergoeding voldoet aan het criterium van de particuliere investeerder en dus geen staatssteun vormt.

- 74 Hij betoogt dienaangaande dat de Commissie kennelijke beoordelingsfouten heeft gemaakt door te oordelen dat, ten eerste, de door Helaba verschuldigde bedrijfsbelasting aan de tussen het Land en Helaba overeengekomen vergoeding moet worden toegevoegd om deze vergoeding te vergelijken met wat op de markt gangbaar is, omdat zij deel uitmaakt van de lasten die Helaba voor die inbreng draagt, ten tweede, rekening moet worden gehouden met het feit dat Helaba kosten opkomen om op de markt de liquide middelen op te nemen die de omstrede inbreng haar niet verschaft, en ten derde, de marktconforme garantievergoeding lager zou zijn dan de tussen partijen overeengekomen 1,65 % vermeerderd met het effect van de bedrijfsbelasting.
- 75 Met betrekking tot de inaanmerkingneming van de bedrijfsbelasting en van de herfinancieringskosten die Helaba opkomen omdat de omstrede inbreng niet uit liquide middelen bestaat, herhaalt verzoeker in wezen de argumenten die hij heeft aangevoerd in de zaak die tot het vandaag gewezen arrest Bundesverband deutscher Banken/Commissie (T-163/05), aangehaald in punt 14 hierboven, heeft geleid, en die respectievelijk in de punten 185 en 186 en in punt 263 van dat arrest zijn uiteengezet.
- 76 Met betrekking tot de passende hoogte van de vergoeding betoogt hij, zakelijk weergegeven, dat aan de omstrede inbreng meer risico's zijn verbonden dan aan de op de markt geëmitteerde stille inbrengen, en dat een particuliere investeerder voor die inbreng dus een hogere vergoeding zou hebben verlangd dan die welke op de markt voor stille inbrengen wordt verlangd. Hij baseert zich daarvoor op de omvang van de omstrede inbreng, op het feit dat het Land niet de mogelijkheid heeft om te desinvesteren, en op het risico van verlies in geval van faillissement. Verder is hij van mening dat de vastheid van de voor de omstrede inbreng overeengekomen vergoeding niet relevant is voor het bepalen van de marktconforme hoogte van de vergoeding, en dat de Commissie zich niet op de door Helaba in 2005 geëmitteerde stille inbreng kon baseren, omdat deze niet vergelijkbaar is met de omstrede inbreng.
- 77 Volgens de Commissie, ondersteund door het Land en Helaba, snijden deze argumenten geen hout.

Beoordeling door het Gerecht

- 78 De argumenten betreffende de inaanmerkingneming van de bedrijfsbelasting en de aftrek van de herfinancieringskosten dienen te worden afgewezen om dezelfde redenen als die welke zijn uiteengezet in de punten 188 tot en met 192 en 269 tot en met 291 van het vandaag gewezen arrest Bundesverband deutscher Banken/Commissie (T-163/05), aangehaald in punt 14 hierboven.
- 79 Met betrekking tot de argumenten die erop gericht zijn aan te tonen dat aan de omstreden inbreng meer risico's zijn verbonden dan aan de door de Commissie ter vergelijking gebruikte inbrengen, dient achtereenvolgens te worden ingegaan op de argumenten betreffende het belang — voor de berekening van de marktconforme vergoeding, en dus voor de beoordeling of er sprake is van staatssteun — van de omvang van de investering, van het feit dat het Land niet de mogelijkheid heeft om te desinvesteren, van het risico van verlies in geval van faillissement en van de vastheid van de voor de omstreden inbreng overeengekomen vergoeding, alsmede op de relevantie van de door de Commissie gemaakte vergelijking met de emissie van Helaba uit mei 2005.

— De omvang van de investering

- 80 Verzoeker betoogt dienaangaande dat de Commissie de omvang van de investering niet naar behoren in aanmerking heeft genomen voor de kwalificatie van de omstreden inbreng en voor de vergelijking van de tussen het Land en Helaba overeengekomen vergoeding met de garantievergoeding voor de op de markt geëmitteerde stille inbrengen.
- 81 Met betrekking tot, in de eerste plaats, het belang van de omvang van de investering voor de kwalificatie van de omstreden inbreng als stille inbreng met het oog op de vergelijking met wat op de markt gangbaar is, betoogt verzoeker dat door het feit dat de omstreden inbreng door een enkele investeerder is gedaan en dat het Land 44 % van het basisvermogen van Helaba in handen heeft en 83 % van zijn investeringen in

een en dezelfde bank concentreert, die omstreden inbreng gelijkenis gaat vertonen met vennootschappelijke kapitaal, omdat het risico voor het Land hoger is dan het risico dat wordt gelopen door investeerders die op de op de markt geëmitteerde stille inbrengen hebben ingetekend.

- 82 Aangaande het feit dat de omstreden inbreng in zijn geheel door een enkele investeerder is gedaan, betoogt verzoeker, onder verwijzing naar het arrest WestLB, aangehaald in punt 13 hierboven (punt 255), dat een investeerder die een emissie volledig voor zijn rekening neemt, de houding van andere marktdeelnemers niet kan meewegen en bijgevolg een hoger risico loopt.
- 83 Opgemerkt zij echter dat het Gerecht in punt 255 van het arrest WestLB, aangehaald in punt 13 hierboven, bij het onderzoek van de passende vergoeding voor de investering en niet bij het onderzoek van de kwalificatie van de investering, gewoon heeft overwogen dat een verstandige particuliere investeerder, namelijk een investeerder die winstmaximalisatie wenst zonder te veel risico's te lopen ten opzichte van andere marktdeelnemers, in beginsel een minimumrendement zou verlangen dat gelijk is aan het gemiddelde rendement van de betrokken sector.
- 84 Vaststaat dat deze verwijzing door het Gerecht naar de houding van andere investeerders geen steun biedt voor verzoekers argument, aangezien zij geen verband houdt met de vraag of het aan de investering verbonden risico hoger wordt door het feit dat een enkele investeerder op de gehele emissie heeft ingetekend.
- 85 Wat vervolgens het feit betreft dat de door het Land gedane stille inbrengen 44% van het basisvermogen van Helaba en 83% van de investeringen van het Land vertegenwoordigen, dient erop te worden gewezen dat het niet kennelijk onjuist is te oordelen, zoals de Commissie impliciet heeft gedaan, dat deze twee omstandigheden niet relevant zijn om te bepalen of het risicoprofiel van de omstreden inbreng meer gelijkenis vertoont met dat van vennootschappelijk kapitaal dan met dat van de op de markt gangbare stille inbrengen, en dus om uit te maken of voor het onderzoek naar de marktconformiteit van de vergoeding voor de omstreden inbreng de vergoeding voor stille inbrengen dan wel die voor vennootschappelijk kapitaal als referentie moet worden genomen. In dit verband dient te worden verwezen naar de punten 140 en 141 van het vandaag gewezen arrest Bundesverband deutscher Banken/Commissie

(T-163/05), aangehaald in punt 14 hierboven, waarin het Gerecht soortgelijke argumenten van verzoeker heeft afgewezen.

- 86 Bovendien dient afwijzend te worden beslist op verzoekers argument dat de Commissie, door voor de kwalificatie van de omstrede inbreng geen rekening te houden met het aandeel van het Land in het basisvermogen van Helaba, in tegenspraak komt met haar beschikking 2006/737/EG van 20 oktober 2004 betreffende een steunmaatregel van Duitsland ten behoeve van de Westdeutsche Landesbank — Girozentrale, thans WestLB AG (PB 2006, L 307, blz. 22), waarin zij heeft geoordeeld dat de grote omvang van de investering een punt van gelijkenis met vennootschappelijk kapitaal is.
- 87 Vaststaat immers dat in beschikking 2006/737 niet de omvang van het basisvermogen dat het Land Nordrhein-Westfalen als enige intekenaar had verworven, als een punt van gelijkenis met een investering in vennootschappelijk kapitaal is aangemerkt, maar de totale omvang van de transactie, en wel omdat, anders dan in de onderhavige zaak, een bank een zo grote hoeveelheid basisvermogen destijds slechts in de vorm van vennootschappelijk kapitaal kon verkrijgen, ongeacht of de investering van een of meerdere investeerders afkomstig was (zie punten 204 e.v. van beschikking 2006/736).
- 88 Met betrekking tot, in de tweede plaats, het belang van de omvang van de investering voor het bepalen van de markconforme vergoeding, komt verzoeker op tegen de vier argumenten waarop de Commissie zich heeft gebaseerd voor haar oordeel dat geen toeslag moest worden toegepast om rekening te houden met de aanzienlijke omvang van de inbreng van het Land in Helaba.
- 89 Ten eerste betwist verzoeker dat het risico dat voortvloeit uit het feit dat het Land zijn investeringen concentreert in Helaba, wordt gecompenseerd door de omstandigheid dat de vergoeding van het Land niet is verminderd ondanks het feit dat de toewijzing van een gehele emissie aan een enkele investeerder op de markt een vermindering van de vergoeding meebrengt. Hij betoogt dienaangaande dat de verwijzing naar een

eventuele vermindering van de vergoeding op de markt in het onderhavige geval niet relevant is omdat de omstreden inbreng niet is aangeboden aan een groot aantal investeerders, die dan met elkaar in concurrentie zouden hebben gestaan.

- 90 Opgemerkt zij dat de omstandigheid dat over de inbreng niet op de markt is onderhandeld, niet tot gevolg heeft dat het kennelijk onjuist is te oordelen dat een vermindering van de vergoeding ter compensatie van een eventuele verhoging van de vergoeding wegens de omvang van het risico dat het Land in Helaba neemt, in aanmerking kan worden genomen. Verzoeker stelt immers niet dat Helaba op de markt, in voorkomend geval bij verschillende investeerders, geen inbreng met uit haar oogpunt dezelfde kenmerken als de omstreden inbreng (omvang, onbepaalde duur, garantiEVERGOEDING) had kunnen opnemen. In die omstandigheden kon zij het Land ertoe aanzetten af te zien van een eventuele verhoging van de vergoeding om rekening te houden met de omvang van het risico dat het in Helaba neemt, aangezien zij het aanbod van het Land had kunnen afslaan en op de markt de middelen tegen een lagere prijs had kunnen opnemen.
- 91 Ten tweede betoogt verzoeker met betrekking tot de stelling van de Commissie dat het Land een sterke invloed uitoefent op het strategische risicoprofiel van Helaba, dat uit de niet-vertrouwelijke versie van de bestreden beschikking niet kan worden opgemaakt om welke redenen de Commissie tot die conclusie is gekomen, en dat de Commissie in elk geval niet uitlegt waarom het Land uit dien hoofde zou moeten afzien van een passende vergoeding voor de omstreden inbreng.
- 92 Opgemerkt zij dat, ook al lijkt verzoeker de toereikendheid van de motivering van de bestreden beschikking te betwisten, die argumenten in het verzoekschrift voorkomen onder het kopje „Onjuiste argumenten van de Commissie” van het middel inzake schending van artikel 87 EG en niet onder het middel inzake ontoereikende motivering.
- 93 In elk geval dient met betrekking tot het feit dat in de niet-vertrouwelijke versie van de bestreden beschikking niet wordt aangegeven op grond waarvan de Commissie tot de conclusie is gekomen dat het Land een sterke invloed uitoefent op het strategische

risicoprofiel van Helaba, te worden verwezen naar punt 69 hierboven, waar dit argument reeds door het Gerecht is afgewezen.

- 94 Aangaande het verband tussen de sterke invloed van het Land op de bepaling van het strategische risicoprofiel van Helaba en het bedrag van de vergoeding, dient erop te worden gewezen dat uit de punten 71 tot en met 74 van de bestreden beschikking blijkt dat de Commissie heeft geoordeeld dat deze invloed, samen met de drie andere door haar onderzochte factoren, leidt tot een vermindering van het risico dat het Land loopt door het feit dat het een aanzienlijk deel van het basisvermogen van Helaba in handen heeft, en 83 % van zijn investeringen in deze bank doet, en dat het Land dus niet heeft afgezien van een hogere vergoeding voor de omstrede inbreng, maar een gelet op alle omstandigheden van de transactie passende vergoeding heeft aanvaard. Vaststaat echter dat verzoeker geen concrete argumenten aandraagt ten bewijze dat het kennelijk onjuist is te oordelen dat de sterke invloed van het Land op het risicoprofiel van Helaba een compensatie kan vormen voor het risico dat het Land loopt door het feit dat het een aanzienlijk deel van het basisvermogen van Helaba in handen heeft en 83 % van zijn investeringen in deze bank doet.
- 95 Ten derde betwist verzoeker de relevantie van de verwijzing door de Commissie naar een emissie van 500 miljoen EUR waarop door een enkele investeerder zou zijn ingetekend. Hij laakt het feit dat de Commissie de nadere gegevens noch de bijzondere kenmerken van deze transactie heeft aangegeven, en betoogt dat in die omstandigheden niet kan worden geoordeeld dat het feit dat het Land de gehele omstrede inbreng voor zijn rekening heeft genomen, niet ongewoon is.
- 96 Vaststaat, zoals verzoeker stelt, dat het feit alleen dat een investeerder op een emissie van 500 miljoen EUR heeft ingetekend, nog niet aantoonde dat het risicoprofiel van de omstrede inbreng geen hogere vergoeding verlangt dan de garantievergoeding voor de op de markt gangbare stille inbrengen. Aangezien de Commissie de voor de eerstgenoemde inbreng overeengekomen garantievergoeding niet heeft onderzocht, kan dit voorbeeld geen grond vormen voor de conclusie dat de concentratie van de investeringen van het Land in Helaba niet tot een hogere vergoeding dient te leiden.

- 97 Ten vierde betwist verzoeker dat de omstandigheid dat het Land participaties voor in totaal 361,5 miljoen EUR in andere ondernemingen dan Helaba bezit, het grote risico vermindert dat het Land loopt door het feit dat zijn investeringen in Helaba zijn geconcentreerd.
- 98 Vaststaat dat het feit alleen dat het Land niet al zijn investeringen maar slechts 87% daarvan in Helaba doet, geen afdoende grondslag vormt voor de conclusie van de Commissie dat de aanzienlijke participatie van het Land in Helaba geen verhoging van de voor de omstreden inbreng overeengekomen vergoeding rechtvaardigt.
- 99 Gelet op de punten 88 tot en met 94 hierboven kan de bestreden beschikking echter niet nietig worden verklaard op grond van de omstandigheid dat op basis van deze laatste door de Commissie in de bestreden beschikking genoemde elementen niet kan worden geconcludeerd dat de vergoeding niet moest worden verhoogd wegens de concentratie van het risico van het Land in Helaba (zie in die zin arrest Gerecht van 12 december 2006, SELEX Sistemi Integrati/Commissie, T-155/04, Jurispr. blz. II-4797, punt 47).
- 100 Opgemerkt zij overigens dat de grote omvang van de investering van het Land in Helaba ten dele voortvloeit uit de beslissing van het Land om het fonds dat aan de orde was in de zaak die heeft geleid tot het vandaag gewezen arrest Bundesverband deutscher Banken/Commissie (T-163/05), aangehaald in punt 14 hierboven, niet te splitsen, en dat die concentratie van risico door het Land voor Helaba geen specifiek belang heeft dat deze bank zou kunnen dwingen het Land een vergoeding te betalen voor dit verhoogde risico (zie punten 229 en 230 van dat arrest).
- 101 Gelet op een en ander dient te worden geoordeeld dat verzoekers argumenten inzake de omvang van de investering van het Land in Helaba niet aantonen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat de vergoeding voor de omstreden inbreng niet hoger diende te zijn dan de garantievergoeding voor de op de markt gangbare stille inbrengen.

— Het ontbreken van de mogelijkheid om te desinvesteren

- ¹⁰² Verzoeker betoogt dat de onmogelijkheid voor het Land om te desinvesteren een doorslaggevend verschil met de op de markt gangbare stille inbrengen vormt, en hij laakt het feit dat de Commissie dit niet in aanmerking heeft genomen voor het bepalen van de marktconforme vergoeding. Hij herhaalt in dit verband de argumenten die hij in zaak T-163/05 heeft aangevoerd, en die in de punten 151 en 233 van het vandaag gewezen arrest Bundesverband deutscher Banken/Commissie (T-163/05), aangehaald in punt 14 hierboven, zijn uiteengezet. Bijgevolg moeten die argumenten om de in de punten 152 tot en met 154 en 234 tot en met 237 van dat arrest genoemde redenen worden afgewezen.

— Het risico van verlies in geval van faillissement

- ¹⁰³ Verzoeker betoogt dat het risico van verlies in geval van faillissement een doorslaggevend verschil met de op de markt gangbare stille inbrengen vormt, en hij laakt het feit dat de Commissie dit niet in aanmerking heeft genomen voor het bepalen van de marktconforme vergoeding. In dit verband herhaalt hij de argumenten die hij met betrekking tot beschikking 2006/742 heeft aangevoerd, en die in punt 108 van het vandaag gewezen arrest Bundesverband deutscher Banken/Commissie (T-163/05), aangehaald in punt 14 hierboven, zijn uiteengezet, en omdat hij om redenen van betrouwbaarheid de ontwerpovereenkomst niet heeft ontvangen vooraleer hij zijn verzoekschrift had ingediend, verklaart hij dat de partijen waarschijnlijk zijn overeengekomen dat de omstreden inbreng na het vennootschappelijk kapitaal komt, zoals zijns inziens het geval was met de inbreng die aan de orde was in de zaak die tot dat arrest heeft geleid.
- ¹⁰⁴ Met betrekking tot de inhoud van de ontwerpovereenkomst behoeft slechts te worden vastgesteld dat in § 4 ervan wordt bepaald dat „[de] omstreden inbreng in geval van faillissement of liquidatie van Helaba slechts wordt gerestitueerd nadat alle schuldeisers van Helaba, daaronder begrepen de houders van genotsrechten en van ander garantiekapitaal in de zin van § 10, lid 5a, KWG, zijn betaald, maar vóór de aandeelhouders worden betaald”.

- 105 Uit de ontwerpovereenkomst blijkt dus dat de omstreden inbreng een hogere rang heeft dan het vennootschappelijk kapitaal en, zoals de Commissie in punt 26 van de bestreden beschikking heeft geoordeeld, op dit punt vergelijkbaar is met de op de markt gangbare stille inbrengen, wat ervoor pleit, de tussen het Land en Helaba overeengekomen vergoeding te vergelijken met de vergoeding die is vastgesteld voor de op de markt geëmitteerde stille inbrengen en niet met de vergoeding die aan investeringen in vennootschappelijk kapitaal is verbonden. Opgemerkt zij dat verzoeker ten gevolge op een verzoek van het Gerecht aan de Commissie een afschrift van de ontwerpovereenkomst heeft ontvangen en dienaangaande geen opmerkingen heeft gemaakt.
- 106 De andere door verzoeker aangevoerde argumenten dienen te worden afgewezen om de redenen die zijn uiteengezet in punt 109 van het vandaag gewezen arrest Bundesverband deutscher Banken/Commissie (T-163/05), aangehaald in punt 14 hierboven.

— De relevantie van de vastheid van de vergoeding

- 107 Verzoeker betoogt allereerst dat uit de punten 26 en 29 van de bestreden beschikking blijkt dat volgens de Commissie de omstandigheid dat de vergoeding voor de omstreden inbreng vast is en in beginsel niet afhangt van het jaarresultaat, terwijl het bedrag van het dividend afhangt van de boekhoudkundige winst die Helaba heeft gemaakt, een voordeel is ten opzichte van een investering in vennootschappelijk kapitaal. Hij betoogt dat de structuur van de vergoeding voor de omstreden inbreng uit economisch oogpunt zowel voordelen als nadelen ten opzichte van die van de vergoeding voor vennootschappelijk kapitaal heeft.
- 108 In dit verband dient te worden vastgesteld dat de Commissie in punt 29 van de bestreden beschikking weliswaar verklaart dat een stille inbreng voor het Land een aantal voordelen heeft in vergelijking met de overdracht van een fonds als vennootschappelijk kapitaal, maar haar oordeel over de kwalificatie van de omstreden inbreng niet op die verklaring baseert. Die kwalificatie berust, wat de vergoeding betreft, op de in punt 26 van de bestreden beschikking geformuleerde stelling dat het Land, net als eenieder die op de kapitaalmarkt in een stille inbreng investeert, de volledige vergoeding ontvangt, terwijl een investeerder in vennootschappelijk kapitaal slechts recht heeft op een winstgerelateerd

dividend. De Commissie zegt dus niet dat een vaste vergoeding voordeliger is dan het recht op dividend. Zij geeft alleen als haar mening te kennen dat een vaste vergoeding als die welke voor de omstrede inbreng is overeengekomen, veeleer kenmerkend is voor stille inbrengen dan voor vennootschappelijk kapitaal, en dat door het tussen de partijen bij de omstrede inbreng overeengekomen type van vergoeding die inbreng gelijkenis vertoont met de op de markt gangbare stille inbrengen.

- 109 In die omstandigheden dient niet nader te worden ingegaan op verzoekers argumenten inzake de gegrondheid van de door de Commissie in punt 29 van de bestreden beschikking geformuleerde stelling dat een stille inbreng voor het Land een aantal voordelen heeft in vergelijking met de overdracht van een fonds als vennootschappelijk kapitaal.
- 110 Verzoeker betoogt ten tweede dat, anders dan de Commissie stelt, een vaste vergoeding niet typisch is voor stille inbrengen en een variabele vergoeding niet typisch is voor vennootschappelijk kapitaal. Hij verwijst dienaangaande naar de argumenten die hij heeft aangevoerd in de zaak die tot het vandaag gewezen arrest Bundesverband deutscher Banken/Commissie (T-163/05), aangehaald in punt 14 hierboven, heeft geleid. Die argumenten zijn echter afgewezen in de punten 113 tot en met 122 van dat arrest.
- 111 Verzoeker betoogt ten derde dat het feit dat het Land slechts recht heeft op de vergoeding indien Helaba in het betrokken jaar een overschot heeft, een voor het Land nadelig verschil in vergelijking met de structuur van de op de markt gangbare stille inbrengen vormt, aangezien voor deze laatste het recht op de vergoeding in beginsel afhankelijk is van de boekhoudkundige winst van de emittent en slechts in bepaalde omstandigheden van een overschot in het betrokken jaar, zodat de waarschijnlijkheid dat de emittent de betaling van de vergoeding opschort, minder groot is.
- 112 Opgemerkt zij dat in de deskundigenverslagen waarnaar de Commissie in de punten 59 en 60 van de bestreden beschikking verwijst, wordt verklaard dat, anders dan verzoeker stelt, het niet overduidelijk is dat de voorwaarden waarvan de betaling van de vergoeding voor de omstrede inbreng afhankelijk is, voor het Land minder gunstig zijn dan de normale marktvoorwaarden. Ook al heeft investeringsbank

A daadwerkelijk geoordeeld dat dit het geval was, investeringsbank B en de accountantsvennootschap waren van mening dat de voorwaarden voor de betaling van de vergoeding voor de omstreden inbreng voor het Land gunstiger waren dan gebruikelijk was.

- 113 Vaststaat in elk geval dat de Commissie in punt 66 van de bestreden beschikking heeft verklaard dat, zoals verzoeker stelt, een verhoging van de vergoeding wegens restrictievere voorwaarden voor de betaling ervan, gerechtvaardigd kan zijn. Zij heeft echter ook geoordeeld — en verzoeker heeft dienaangaande geen tegenargumenten aangedragen — dat de niet-inaanmerkingneming van een verhoging wegens restrictievere voorwaarden voor de betaling ervan geen gevolgen had voor haar oordeel, aangezien de tussen het Land en Helaba overeengekomen garantievergoeding vermeerderd met het effect van de bedrijfsbelasting, te weten in totaal 1,925 %, nog hoger was dan de op de markt gangbare garantievergoeding bestaande uit de som van de door investeringsbank A voorgestelde toeslag en de in de deskundigenverslagen vastgestelde marge.
- 114 In die omstandigheden dient te worden geoordeeld dat verzoekers argumenten niet aantonen dat de Commissie een kennelijke beoordelingsfout heeft gemaakt door te oordelen dat door de bepalingen van de ontwerpovereenkomst die betrekking hebben op de vergoeding, de omstreden inbreng gelijkenis vertoont met de op de markt gangbare stille inbrengen, en dat de bestaande verschillen niet in de weg staan aan het oordeel dat de tussen partijen overeengekomen vergoeding in overeenstemming is met de op de markt gangbare garantievergoeding.

— De relevantie van de inbreng uit mei 2005

- 115 Verzoeker betoogt dat de Commissie zich niet kon beroepen op de stille inbreng die Helaba in mei 2005 heeft opgenomen (zie punt 19 hierboven), omdat die zijns inziens niet vergelijkbaar is met de omstreden inbreng. Hij voert aan dat de twee inbrengen met name hierdoor verschillen dat de inbreng uit mei 2005 door een groot aantal investeerders is gedaan, aan de beurs is genoteerd en moet worden terugbetaald tegen

de nominale waarde vermeerderd met rente, terwijl niet is voorzien in vermindering wegens door Helaba geleden verlies. Hij verzoekt het Gerecht overigens de Commissie te gelasten mee te delen of er overeenkomsten betreffende de rang van de omstreden inbreng, met name in vergelijking met de stille inbreng uit mei 2005, bestaan.

- 116 Vaststaat dat de Commissie in de bestreden beschikking slechts ten overvloede melding heeft gemaakt van de transactie uit 2005 nadat zij tot de conclusie was gekomen dat de tussen het Land en Helaba voor de omstreden inbreng overeengekomen vergoeding marktconform was. In die omstandigheden kan de eventuele irrelevantie van de vergelijking met de door Helaba in mei 2005 opgenomen inbreng niet tot nietigverklaring van de bestreden beschikking leiden, aangezien verzoekers argumenten inzake de overwegingen waarop de Commissie bovengenoemde conclusie heeft gebaseerd, zijn afgewezen.
- 117 In elk geval dient te worden opgemerkt dat, zelfs al zouden de door verzoeker aangevoerde verschillen reëel en relevant zijn — wat door Helaba ter zake van de hoogte van de restitutie in geval van opzegging is betwist zonder dat verzoeker daarop heeft gerepliceerd —, uit de inbreng uit mei 2005 blijkt, zoals de Commissie in de bestreden beschikking verklaart, dat Helaba op de markt stille inbrengen kon opnemen die ter zake van de voor haar van belang zijnde punten waarvoor zij bereid was aan de investeerders een vergoeding te betalen, zoals de kwalificatie als basisvermogen en de hoogte van de garantievergoeding, dezelfde kenmerken hadden als de omstreden inbreng. Bijgevolg was Helaba niet wegens haar economische situatie verplicht de omstreden inbreng te aanvaarden en kon zij dus weigeren aan het Land een vergoeding te betalen voor kenmerken van de inbreng die, ook al zouden zij het risico voor het Land verhogen, haarzelf geen enkel extra voordeel opleverden ten opzichte van een op de markt opgenomen inbreng.
- 118 Opgemerkt zij immers dat de omvang van het risico dat het Land bij zijn investeringen aangaat, slechts dan relevant is voor de kwalificatie van die investeringen als staatssteun in de zin van artikel 87 EG indien Helaba een voordeel heeft gekregen dat zij op de markt niet zou hebben kunnen verkrijgen.

119 Gelet op het voorgaande dient verzoekers tweede middel te worden afgewezen.

Het middel inzake schending van verzoekers procedurele rechten

Argumenten van partijen

- 120 Verzoeker betoogt dat de Commissie de formele onderzoeksprocedure van artikel 88, lid 2, EG had moeten inleiden omdat zij op basis van de gegevens waarover zij beschikte, niet tot de overtuiging kon komen dat de omstreden inbreng verenigbaar was met het EG-Verdrag, en dat zij slechts tot die conclusie is gekomen omdat zij het criterium van de particuliere investeerder verkeerd heeft toegepast door te oordelen dat de vergoeding voor de omstreden inbreng passend was en dat de brutoherfinancieringskosten die Helaba opkomen omdat de omstreden inbreng niet uit liquide middelen bestaat, van de vergoeding moesten worden afgetrokken.
- 121 Hij is inzonderheid van mening dat de Commissie grondiger had moeten onderzoeken of de herfinancieringskosten die Helaba opkomen omdat de omstreden inbreng niet uit liquide middelen bestaat, moesten worden afgetrokken van de vergoeding die een particuliere investeerder zou hebben verlangd, en dat zij de fundamentele verschillen tussen de omstreden inbreng en „marktconforme” stille inbrengen grondiger had moeten analyseren. Als fundamentele verschillen noemt hij onder meer het feit dat het Land geen enkele mogelijkheid heeft om de inbreng op te zeggen of om te desinvesteren, en het bijzonder hoge risico dat het Land is aangegaan wegens enerzijds de grote omvang van de omstreden inbreng en anderzijds de „opeenstapeling van de risico's” voortvloeiend uit die inbreng en de inbreng die aan de orde was in de zaak die tot het vandaag gewezen arrest Bundesverband deutscher Banken/Commissie (T-163/05), aangehaald in punt 14 hierboven, heeft geleid. Volgens hem had de Commissie ook moeten nagaan of een particuliere investeerder die, zoals in het onderhavige geval, meer dan 40% van het basisvermogen van een vennootschap zal bezitten, voor zijn inbreng een hogere vergoeding zou hebben verlangd.

- 122 Verzoeker komt op tegen de stelling van de Commissie dat zij in beschikking 2006/742 alle moeilijkheden had opgelost. Hij betoogt dienaangaande dat hij in zijn beroep tegen die beschikking de verschillende bijzondere kenmerken van de betrokken inbreng ten opzichte van andere, „marktconforme” stille inbrengen gedetailleerd heeft uiteengezet en nauwkeurig heeft aangegeven waarom de financieringskosten niet mochten worden afgetrokken. Hij betoogt dat een aantal van die argumenten nieuw waren voor de Commissie, zodat voor haar nieuwe vragen rezen bij het onderzoek van de omstreden inbreng.
- 123 Verder betoogt hij dat de omstandigheid dat de duur van het eerste onderzoek, namelijk vijftien maanden, veel langer was dan de twee maanden die artikel 4, lid 5, van verordening nr. 659/1999 voor het eerste onderzoek voorziet, aantoont dat de Commissie met ernstige moeilijkheden kampte. Het bestaan van ernstige moeilijkheden wordt ook bevestigd door het feit dat de Commissie in totaal vier verzoeken om inlichtingen tot de Bondsrepubliek Duitsland heeft gericht, en dat deze laatste een verlenging van de termijn voor antwoord heeft gevraagd.
- 124 Volgens de Commissie, ondersteund door Helaba, snijden deze argumenten geen hout. Het Land heeft dienaangaande geen argumenten aangevoerd.

Beoordeling door het Gerecht

- 125 Volgens de rechtspraak is de procedure van artikel 88, lid 2, EG, die de lidstaten en de belanghebbende kringen de zekerheid biedt dat zij zullen worden gehoord, en die de Commissie de mogelijkheid biedt om zich vóór haar beschikking volledig over alle relevante aspecten van de zaak te laten voorlichten, onontbeerlijk wanneer de Commissie op ernstige moeilijkheden stuit bij de beoordeling van de verenigbaarheid van een steunmaatregel met de gemeenschappelijke markt (arrest Hof van 20 maart 1984, Duitsland/Commissie, 84/82, Jurispr. blz. 1451, punt 13). De Commissie kan zich dus slechts tot de inleidende fase van artikel 88, lid 3, EG beperken en zich in positieve zin uitspreken over een overheidsmaatregel, indien zij na een eerste onderzoek tot de conclusie kan komen dat deze maatregel geen steun in de zin van artikel 87,

lid 1, EG vormt of, indien deze als steun wordt aangemerkt, verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt (arrest Gerecht van 12 februari 2008, BUPA e.a./Commissie, T-289/03, Jurispr. blz. II-81, punt 329).

- 126 Ofschoon haar bevoegdheid om de formele onderzoeksprocedure in te leiden een gebonden bevoegdheid is, kan de Commissie overeenkomstig het oogmerk van artikel 88, lid 3, EG en de op haar rustende verplichting tot behoorlijk bestuur contact opnemen met de staat die de steunmaatregel heeft aangemeld, of met derden, om de eventueel gerezen moeilijkheden in de loop van de inleidende fase op te lossen (arrest Gerecht van 15 maart 2001, Prayon-Rupel/Commissie, T-73/98, Jurispr. blz. II-867, punt 45, en beschikking Gerecht van 21 november 2005, Tramarin/Commissie, T-426/04, Jurispr. blz. II-4765, punt 29).
- 127 Er dient echter ook aan te worden herinnerd dat volgens de rechtspraak het begrip ernstige moeilijkheden een objectief begrip is. Of dergelijke moeilijkheden zich hebben voorgedaan, moet zowel aan de hand van de omstandigheden waarin de bestreden handeling is vastgesteld, als aan de hand van de inhoud ervan objectief worden beoordeeld, waarbij de motivering van de beschikking moet worden gerelateerd aan de gegevens waarover de Commissie beschikte toen zij zich uitsprak over de verenigbaarheid van de omstreden steunmaatregelen met de gemeenschappelijke markt (arrest Prayon-Rupel/Commissie, aangehaald in punt 126 hierboven, punt 47; zie in die zin arrest van 18 september 1995, SIDE/Commissie, T-49/93, Jurispr. blz. II-2501, punt 60). Op de verzoeker rust de last om het bestaan van ernstige moeilijkheden te bewijzen, welk bewijs hij kan leveren aan de hand van een aantal onderling overeenstemmende aanwijzingen betreffende, enerzijds, de omstandigheden en de duur van het eerste onderzoek, en anderzijds, de inhoud van de bestreden beschikking.
- 128 Ter ondersteuning van zijn stelling dat de Commissie niet in staat was de bij de beoordeling van de omstreden inbreng gerezen moeilijkheden op te lossen, stelt verzoeker in het onderhavige geval, zakelijk weergegeven, dat de Commissie slechts heeft kunnen concluderen dat de omstreden inbreng marktconform was, omdat zij het criterium van de particuliere investeerder verkeerd heeft toegepast, en hij verwijst dienaangaande naar zijn argumenten inzake schending van artikel 87 EG.

- 129 De vraag of de Commissie het criterium van de particuliere investeerder verkeerd heeft toegepast, valt echter niet samen met de vraag of het bestaan van ernstige moeilijkheden het inleiden van de formele onderzoeksprocedure vereiste. Het onderzoek naar het bestaan van ernstige moeilijkheden is immers niet erop gericht, uit te maken of de Commissie artikel 87 EG correct heeft toegepast, maar beoogt uit te maken of de Commissie op het tijdstip van de vaststelling van de bestreden beschikking over voldoende informatie beschikte om te kunnen beoordelen of de omstreden maatregel verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt.
- 130 Dat de Commissie de omstreden inbreng volgens verzoeker verkeerd heeft beoordeeld en niet heeft geantwoord op een aantal grieven die deze in zaak T-163/05 had geformuleerd, impliceert niet dat de Commissie zich op basis van de informatie waarover zij beschikte, niet over de betrokken maatregel kon uitspreken en dus de formele onderzoeksprocedure moest inleiden om haar onderzoek te vervolledigen. Inzonderheid dient erop te worden gewezen dat niet elk argument dat een belanghebbende in een andere procedure over soortgelijke feiten heeft aangevoerd, noodzakelijkerwijze aanleiding geeft tot ernstige moeilijkheden die de inleiding van de formele onderzoeksprocedure vergen.
- 131 Aangaande verzoekers argument dat de Commissie de fundamentele verschillen tussen de omstreden inbreng en de op de markt gangbare stille inbrengen, en de gevolgen van het feit dat de omstreden inbreng niet uit liquide middelen bestaat, grondiger had moeten onderzoeken, zij er overigens aan herinnerd dat de Commissie de formele onderzoeksprocedure had ingeleid met betrekking tot de inbreng die aan de orde was in de zaak die tot het vandaag gewezen arrest Bundesverband deutscher Banken/Commissie (T-163/05), aangehaald in punt 14 hierboven, heeft geleid, alsmede met betrekking tot andere transacties van de Landesbanken, en dat naar aanleiding daarvan met name is gediscuteerd over de door verzoeker genoemde kenmerken van de omstreden inbreng, zoals de omvang van de overgedragen middelen, het aandeel ervan in het basisvermogen van Helaba, het permanente karakter van de inbreng, het ontbreken van de mogelijkheid om te desinvesteren en de inaanmerkingneming van de hogere kosten die de betrokken transacties in vergelijking met de op de markt verrichte transacties meebrengen omdat de overgedragen activa niet uit liquide middelen bestaan. Er dient inzonderheid op te worden gewezen dat, anders dan verzoeker stelt, het argument dat de omstandigheid dat de inbreng niet uit liquide middelen bestaat, wordt gecompenseerd door het feit hij voor een geringere waarde is ingebracht, reeds is aangevoerd tijdens het onderzoek dat is voorafgegaan aan de vaststelling van

beschikking 2006/742. In die omstandigheden staat niet alleen vast dat de Commissie op het tijdstip van de vaststelling van de bestreden beschikking over voldoende informatie beschikte om de relevantie van elk van de door verzoeker genoemde kenmerken van de omstreden inbreng te kunnen beoordelen, maar ook dat verzoeker, net als alle andere belanghebbende personen, de gelegenheid heeft gehad om de Commissie alle dienaangaande nuttig geachte informatie te verstrekken.

- ¹³² Aangaande verzoekers argumenten inzake de duur van het eerste onderzoek en het feit dat de Commissie de Bondsrepubliek Duitsland verschillende keren om inlichtingen heeft verzocht alvorens haar beschikking te geven, staat vast dat de duur van het onderzoek van de omstreden inbreng de termijn voor het eerste onderzoek van een aangemelde maatregel heeft overschreden, zelfs wanneer rekening wordt gehouden met de begrijpelijke wens van de Commissie om het einde van de formele onderzoeksprocedures met betrekking tot de eerdere transacties ten gunste van de Landesbanken af te wachten, en dat de Commissie tot de Bondsrepubliek Duitsland drie verzoeken om inlichtingen heeft gericht, waarvan zij er een heeft moeten herhalen. Dienaangaande blijkt uit de rechtspraak inderdaad dat een aanzienlijk langer tijdsverloop dan normalerwijs nodig is voor een eerste onderzoek, en besprekingen tussen de Commissie en de betrokken lidstaat tijdens deze fase van de procedure kunnen wijzen op het bestaan van ernstige moeilijkheden bij de beoordeling (zie in die zin arrest Duitsland/Commissie, aangehaald in punt 125 hierboven, punten 14, 15 en 17, en arrest Gerecht van 10 mei 2000, SIC/Commissie, T-46/97, Jurispr. blz. II-2125, punten 89 en 102). Gelet op de in de punten 129 tot en met 131 hierboven onderzochte argumenten van verzoeker en op de aldaar onderzochte omstandigheden van het concrete geval, vormen de termijn waarbinnen de bestreden beschikking is gegeven, en de omstandigheid dat verschillende verzoeken om inlichtingen zijn gedaan, in het onderhavige geval echter geen afdoende bewijs dat de Commissie de bestreden beschikking heeft gegeven ondanks het bestaan van ernstige moeilijkheden.

- ¹³³ Mitsdien moet dit middel worden afgewezen.

- ¹³⁴ Aangezien alle door verzoeker aangevoerde middelen ongegrond zijn verklaard, dient het beroep te worden verworpen.

De verzoeken om maatregelen tot organisatie van de procesgang

- 135 In zijn verzoekschrift vraagt verzoeker het Gerecht, de Commissie te gelasten de volgende documenten over te leggen:
- de deskundigenverslagen en het verslag van de accountantsvennootschap die in punt 46 van de bestreden beschikking worden genoemd;

 - de in punt 16 van de bestreden beschikking genoemde ontwerpovereenkomst betreffende de omstreden inbreng;

 - de in punt 15 van de bestreden beschikking ter sprake gebrachte berekeningen voor het bepalen van de waarde van de omstreden inbreng en de attesten van de accountantsvennootschappen.
- 136 Verder vraagt verzoeker het Gerecht, de Commissie te gelasten, enerzijds de door haar in punt 74 van de bestreden beschikking vermelde emissie te onthullen waarbij een investeerder een inbreng van 500 miljoen EUR in het basisvermogen van een Duitse bank volledig voor zijn rekening heeft genomen, en anderzijds mee te delen of er overeenkomsten betreffende de rang van de omstreden inbreng, met name in vergelijking met de inbreng uit mei 2005, bestaan.
- 137 In repliek vraagt verzoeker het Gerecht, de Commissie te gelasten de vertrouwelijke versie van de bestreden beschikking en de tussen de eigenaars van Helaba gesloten garantenovereenkomst (Gewährträgervertrag) over te leggen.

- ¹³⁸ De deskundigenverslagen, het verslag van de accountantsvennootschap, de ontwerpovereenkomst en de vertrouwelijke versie van de bestreden beschikking zijn door de Commissie ten verfolge op het verzoek van het Gerecht overgelegd (zie punt 24 hierboven). Voor het overige blijkt uit wat hierboven is uiteengezet, dat het Gerecht op basis van de door partijen overgelegde stukken uitspraak heeft kunnen doen op het onderhavige beroep.

Kosten

- ¹³⁹ Volgens artikel 87, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering wordt de in het ongelijk gestelde partij in de kosten verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien verzoeker in het ongelijk is gesteld, dient hij overeenkomstig de vorderingen van de Commissie, het Land en Helaba te worden verwezen in de kosten.

HET GERECHT (Vierde kamer),

rechtdoende, verklaart:

1) Het beroep wordt verworpen.

- 2) **Het Bundesverband deutscher Banken eV zal zijn eigen kosten dragen alsmede die van de Europese Commissie, het Land Hessen en de Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale.**

Czúcz

Vadapalas

Labucka

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 3 maart 2010.

ondertekeningen

Inhoud

Voorgeschiedenis van het geding	II - 542
A — Omstreden inbreng	II - 542
B — Administratieve procedure en bestreden beschikking	II - 544
Procesverloop en conclusies van partijen	II - 548
In rechte	II - 550
1. Ontvankelijkheid	II - 550
2. Ten gronde	II - 551
Het middel inzake ontoereikende motivering	II - 551
De kwalificatie van de omstreden inbreng	II - 552
— Argumenten van partijen	II - 552
— Beoordeling door het Gerecht	II - 554
De inaanmerkingneming van de bedrijfsbelasting	II - 558
— Argumenten van partijen	II - 558
— Beoordeling door het Gerecht	II - 558
De aftrek van de herfinancieringskosten	II - 559
— Argumenten van partijen	II - 559
— Beoordeling door het Gerecht	II - 560
De marktconformiteit van de tussen het Land en Helaba overeengekomen vergoe- ding	II - 560
— Argumenten van partijen	II - 560
— Beoordeling door het Gerecht	II - 561
Het middel inzake schending van artikel 87 EG	II - 562
Argumenten van partijen	II - 562
	II - 583

Beoordeling door het Gerecht	II - 564
— De omvang van de investering	II - 564
— Het ontbreken van de mogelijkheid om te desinvesteren	II - 570
— Het risico van verlies in geval van faillissement	II - 570
— De relevantie van de vastheid van de vergoeding	II - 571
— De relevantie van de inbreng uit mei 2005	II - 573
Het middel inzake schending van verzoekers procedurele rechten	II - 575
Argumenten van partijen	II - 575
Beoordeling door het Gerecht	II - 576
De verzoeken om maatregelen tot organisatie van de procesgang	II - 580
Kosten	II - 581