

ODLOČBA KOMISIJE

z dne 20. oktober 2004

o pomoči Nemčije za Landesbank Hessen-Thüringen – Girozentrale

(notificirano pod dokumentarno številko C(2004) 3931)

(Verodostojno je samo besedilo v nemškem jeziku)

(Besedilo velja za EGP)

(2006/742/ES)

KOMISIJA EVROPSKIH SKUPNOSTI JE –

ob upoštevanju Pogodbe o ustanovitvi Evropske skupnosti in zlasti prvega pododstavka člena 88(2) Pogodbe,

ob upoštevanju Sporazuma o Evropskem gospodarskem prostoru in zlasti člena 62(1)(a) Sporazuma,

ob pozivu zainteresiranih strank, da na podlagi zgoraj navedenih določb izrazijo svoje pripombe ⁽¹⁾ in ob upoštevanju njihovih pripomb,

ob upoštevanju naslednjega:

I. POSTOPEK

(1) *Bundesverband deutscher Banken e.V.* („BdB“), združenje, ki predstavlja zasebne banke s sedežem v Nemčiji, je v pismih z dne 31. maja in 21. decembra 1994 Komisijo med drugim obvestilo o tem, da so bila ali bodo prenesena posojila za pospeševanje gradnje stanovanj na rizični lastni kapital deželnih bank v zveznih deželah Severno Porenje-Vestfalija, Spodnja Saška, Schleswig-Holstein, Bavarska, Hamburg in Berlin, t.j. na *Westdeutsche Landesbank*, *Norddeutsche Landesbank*, *Landesbank Schleswig-Holstein*, *Hamburger Landesbank* in *Landesbank Berlin*. To je povečalo lastna sredstva zadevnih deželnih bank, kar je po mnenju BdB izkrivilo konkurenco v njihov prid, saj se stranke niso dogovorile o nadomestilu, ki bi bilo skladno z načelom vlagatelja v tržnem gospodarstvu. V drugem navedenem pismu je BdB zato vložilo uradno pritožbo in od Komisije zahtevalo, da proti Nemčiji začne postopek v skladu s členom 93(2) Pogodbe ES (zdaj člen 88(2) Pogodbe). Februarja in marca 1995 ter decembra 1996 se je pritožbi združenja pridružilo več njegovih posameznih bank.

(2) BdB je v pismih z dne 6. avgusta 1997 in 30. julija 1998 obvestilo Komisijo o še dveh prenosih sredstev, v zvezni deželi Schleswig-Holstein na *Landesbank Schleswig-Holstein* in zvezni deželi Hessen na *Landesbank Hessen-Thüringen*. Kar zadeva slednji prenos, je Komisija v pismu z dne 31. julija 1998 Nemčijo prosila za informacije. Nemčija je v pismu z dne 2. oktobra 1998 odgovorila, da je prenos šele v postopku načrtovanja in da Komisija nima razloga za skrb in ga tudi ne bo imela.

(3) Komisija je najprej preiskala prenos sredstev na *Westdeutsche Landesbank* (WestLB), a napovedala preiskavo prenosov na druge banke glede na ugotovitve v primeru WestLB ⁽²⁾. Glede tega primera je nato leta 1999 sprejela Odločbo 2000/392 z dne 8. julija 1999 o ukrepu Nemčije v prid banki *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* ⁽³⁾, v kateri je ugotovila, da ukrep pomoči (razlika med izplačanim nadomestilom in običajnim tržnim nadomestilom) ni združljiv s skupnim trgom, ter odredila vračilo pomoči. Sodišče prve stopnje je to odločbo 6. marca 2003 razveljavilo zaradi nezadostnih razlogov za dva izmed dejavnikov, uporabljenih pri izračunu višine nadomestila ⁽⁴⁾. Komisija je 20. oktobra 2004 izdala novo odločbo, v kateri je upoštevala kritiko Sodišča.

(4) Komisija je v pismu z dne 1. septembra 1999 Nemčijo zaprosila za informacije o prenosih na druge deželne banke, med katerimi je tudi Helaba. Zvezna vlada je nato v pismu z dne 8. decembra 1999 predložila informacije o prenosu

⁽²⁾ UL C 140, 5.5.1998, str. 9 (odločitev o sprožitvi postopka).

⁽³⁾ UL L 150, 23.6.2000, str. 1. Proti tej odločitvi so vložile tožbo Nemčija (Sodišče Evropskih skupnosti, zadeva C 376/99), dežela Severno Porenje-Vestfalija (Sodišče prve stopnje ES, zadeva T-233/99) in WestLB (Sodišče prve stopnje ES, zadeva T 228/99); Komisija pa je začela postopek glede kršitev Pogodbe (Sodišče Evropskih skupnosti, zadeva C 209/00).

⁽⁴⁾ Sodba z dne 6. marca 2003 v združenih zadevah T-228/99 in T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* in dežela Severno Porenje-Vestfalija, Recueil 2003, II-435.

⁽¹⁾ UL C 72, 26.3.2003, str. 3.

posebnih sredstev na Helabo, ki jih je dopolnila v pismu z dne 21. januarja 2001 kot odgovoru na prošnjo Komisije za nadaljnje informacije z dne 31. oktobra 2000.

- (5) Komisija je v pismu z dne 13. novembra 2002 Nemčijo obvestila o svojem sklepu, da bo v zvezi s prenosom posebnega sklada dežele Hessen v obliki vložka tihe družbe na Helabo sprožila uradni postopek v skladu s členom 88 (2) Pogodbe ES. Istočasno je sprožila preiskovalni postopek v zvezi s podobnimi prenosi sredstev na *Norddeutsche Landesbank – Girozentrale* (NordLB), *Landesbank Schleswig-Holstein – Girozentrale* (LSH), *Hamburgische Landesbank – Girozentrale* (HLB) in *Bayerische Landesbank – Girozentrale* (BayernLB). Komisija je pred tem že julija 2002 sprožila postopek v zvezi s še enim podobnim prenosom sredstev za pospeševanje s strani zvezne dežele Berlin na *Landesbank Berlin*.
- (6) Odločitve o sprožitvi postopka so bile objavljene v Uradnem listu Evropske unije ⁽⁵⁾. Komisija je od zainteresiranih strank zahtevala, da podajo svoje pripombe.
- (7) Nemčija je v pismu z dne 9. aprila 2003 izrazila svoje pripombe glede začetka postopka v primeru Helaba.
- (8) BdB je v pismu z dne 29. julija 2003 izrazilo skupne pripombe glede vseh odločitev o sprožitvi postopka z dne 13. novembra 2002, to pa se je skupaj s prošnjo za pripombe posredovalo Nemčiji v pismu z dne 28. julija 2003.
- (9) Nemčija je v pismih z dne 10. oktobra in 4. decembra 2003 izrazila pripombe glede ugotovitev BdB v primeru Helaba. V pismih z dne 30. oktobra 2003 je predložila odgovor vlade dežele Severno Porenje-Vestfalija in WestLB na pripombe združenja *Bundesverband deutscher Banken*.
- (10) Komisija je v pismu z dne 7. aprila Nemčijo prosila za nadaljnje informacije o postopkih v primerih vseh deželnih bank in posebej primeru Helaba v pismih z dne 19. maja 2004 in 3. avgusta 2004. Nemčija je nato odgovorila v pismih z dne 1. junija 2004, 23. junija 2004 in 23. avgusta 2004.
- (11) Septembra in oktobra 2004 so potekali pogovori med BdB, deželo Hessen in Helabo o vprašanju primernega nadomestila za razpoložljiv kapital. Do sporazuma ni prišlo. BdB je v pismu z dne 28. septembra 2004 znova podalo pripombe

glede postopka. Komisija je nato Nemčijo prosila za nove pripombe, ki jih je slednja predložila v pismih z dne 1. oktobra 2004 in 6. oktobra.

II. PODROBEN OPIS UKREPOV

1. HELABA

- (12) *Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale* (Helaba) s sedežema v Frankfurtu na Majni in Erfurtu je z bilančno vsoto koncerna v višini približno 140 milijard EUR (31. decembra 2003) ena največjih nemških bank. Bilančna vsota banke znaša približno 130 milijard EUR, kar je več kot 90 % bilančne vsote koncerna. Banka je kreditna institucija v javni lasti in deluje kot pravni subjekt javnega prava. Lastniki in garanti banke so od 1. januarja 2001 združenje *Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen* s 85 % deležem, ki je bilo v času prenosa ob koncu leta 1998 edini lastnik in garant, dežela Hessen s 10 % deležem in dežela Turingija s 5 % deležem. Koncern je imel v poslovnem poročilu za leto 2003 prikazanih približno 4,1 milijarde lastnih sredstev. Njegov delež temeljnega kapitala je 31. decembra 2003 znašal 7,8 %, delež lastnih sredstev pa 11,3 %.
- (13) Helaba glede na svojo lastniško strukturo deluje kot vodilna banka v deželah Hessen in Turingija ter osrednja institucija hranilnic v Hessnu in Turingiji. Poleg tega deluje kot poslovna banka, usmerjena v stranke in na trg, s posebnim poudarkom na bančnih poslih za podjetja, in kot družbenik za stranke v javnem sektorju, ki podpira dežele in občine pri financiranju in izvajanju naložbenih programov. Helaba preko svoje udeležbe pri združenju *Landesförderinstitute* (deželne institucije za pospeševanje) podpira gospodarsko-in strukturnopolitične cilje v Hessnu in Turingiji.
- (14) V koncernu Helaba je bilo 31. decembra 2003 zaposlenih približno 3 500 ljudi. Prisoten je na večjih svetovnih finančnih središčih. Ima sedeža v Frankfurtu na Majni in Erfurtu, poleg tega pa je mednarodno zastopan med drugim v Londonu, New Yorku, Zürichu, Dublinu, Madridu, Parizu in Luxembourg.

2. PRENOS POSEBNEGA SKLADA „STANOVANJSKA IN TERMINSKA NALOŽBA“ V OBLIKI VLOŽKA TIHE DRUŽBE NA HELABO

- (15) Z zakonom z dne 17. decembra 1998 je dežela Hessen ustanovila poseben sklad „Stanovanjska in terminska

⁽⁵⁾ NordLB: UL C 81, 4.4.2003, str. 2; BayernLB: UL C 81, 4.4.2003, str. 13; HLB: UL C 81, 4.4.2003, str. 24; Helaba: UL C 73, 26.3.2003, str. 3 in LBKiel: UL C 76, 28.3.2003, str. 2.

naložba“. Ministrstvo za finance v Hessnu je s tem dobilo pooblastilo za prenos celotnega ali dela tega sklada na kreditno institucijo v obliki vložka tihe družbe ali kakršni koli drugi obliki kapitalne udeležbe, priznani s strani nadzorstva, v zameno za tržno nadomestilo, ki se izteka nazaj v posebni sklad.

sklad, ki se refinancira s povračili za dodeljena posojila in potemtakem predstavlja eno samo enoto. Nemčija meni, da bi bilo periodično določanje vrednosti tranš, razdeljenih med posamezne institucije, precejšen strošek. Poleg tega bi se Hessnu zmanjšala fleksibilnost pri prenašanju poudarka med različnimi cilji pomoči.

- (16) Posebni sklad zajema terjatve Hessna za posojila za pospeševanje gradnje socialnih stanovanj, dodeljena med letoma 1948 in 1998. 31. decembra 1998 je portfelj posojil znašal 7,829 milijarde DEM (delež Hessna 6,026 milijarde DEM). Njegovo denarno vrednost sta določila neodvisna strokovnjaka in znaša 2,473 milijarde DEM (1,264 milijarde EUR). Ta posebni sklad se je na Helabo prenesel v obliki vložka tihe družbe z dnem 31. decembra 1998 po sporazumu med deželno Hessen in Helabo, podpisanim decembra 1998.
- (17) Pogodbeno dogovorjena ponovna strokovna ocena z dne 31. decembra 2003 je pokazala vrednost sredstev za pospeševanje [...] (*) milijonov EUR. Povečanje vrednosti je posledica dejstva, da so od leta 1999 dotoki presežali odtok iz sredstev za pospeševanje. Vendar pa ima Helaba do končnega dogovora z Zveznim uradom za finančne storitve (BaFin), prej Zveznim organom za bančni nadzor (BAKred), o rezultatu strokovnega vrednotenja z dne 31. decembra 2003 na razpolago le dotedanji referenčni znesek.
- (18) Povečanje likvidnih sredstev ali dohodka banke ni povezano s prenosom posebnega sklada v obliki vložka tihe družbe. Povračila (obresti in amortizacije) za posojila za gradnjo stanovanj se ne iztekajo v banko temveč nazaj v posebni sklad in se morajo še naprej uporabljati za namene pospeševanja.
- (19) Na prenos posebnega sklada na Helabo je treba gledati z vidika prizadevanj Hessna za okrepitev in povečanje učinkovitosti instrumentov pomoči in strukturne politike.
- (20) Hessen je po navedbah Nemčije sprva razmišljal o objavi javnega razpisa za terjatve iz posojil za gradnjo stanovanj, ki bi se razdeljene v tranše prodale najugodnejšim zasebnim subjektom za denarno vrednost. Razdelitev posebnega sklada v tranše bi bila sicer prednost, saj bi se povečalo število morebitnih bančnih družbenikov Hessna, glede na to, da je število morebitnih interesentov za sklad v višini približno 2,5 milijarde DEM že od vsega začetka zelo omejeno. Vendar pa gre pri posebnem skladu za obnovljivi
- (21) Hessen se je zato odločil obdržati sredstva za gradnjo stanovanj nerazdeljena, še naprej uporabljati povračila za namene pospeševanja na področju gradnje stanovanj in pospeševanje gospodarstva, organizirati čim učinkovitejše in ugodnejše upravljanje sredstev ter z uporabo terjatev na druge načine ustvarjati dodaten dohodek.
- (22) Helaba je v okviru teh načrtovanih ciljev izrazila pripravljenost, da v obliki vloge sprejme in upravlja celoten sklad terjatev v višini 2,473 milijarde DEM (1,264 milijarde EUR). Še ena prednost prenosa sklada na Helabo je bilo dejstvo, da je slednja že od leta 1953 kot pravno neodvisen resor upravljala fiduciarne agencije (*Landestreuhandstelle* – LTH) in fiduciarno vodila programe pospeševanja. Helaba mora v skladu z državno pogodbo in svojim statutom pri izvajanju poslovne politike upoštevati splošna gospodarska načela. Ti trije dejavniki so Hessen prepričali, da je Helaba najprimernejši bančni družbenik za uresničevanje ciljev Zakona o posebnem skladu.
- (23) Hessen je v skladu z [...] v smislu člena 10(4) Zakona o bančništvu (KWG) z dne 30. decembra 1998 na banko prenesel posebni sklad v obliki notranje družbe kot „vložek sredstev tihe družbe“. To pomeni, da je Hessen s Helabo ustanovil tiho družbo v skladu z odstavkom 230 in dalje trgovskega zakonika, torej osebno družbo, v kateri ima tihi družbenik kapitalski delež pri drugi dejavnosti, ki vključuje prenos vložka na sredstva dejavnega družbenika.
- (24) V skladu z [...] je namen vložka „služiti trajno kot rizični lastni kapital in sicer v obliki temeljnega kapitala v smislu člena 10(2) in prvega stavka člena (10)(2a) ter člena 10(4) KWG ter ob upoštevanju zahtev Baselskega odbora za bančni nadzor (Banka za mednarodne poravnave) z dne 27. oktobra 1998“.
- (25) Da bi se vložek tihe družbe štel za rizični lastni kapital kreditnih institucij v skladu s členom 10(4) KWG, se mora predvsem v celoti upoštevati pri izgubi in v primeru stečajnega postopka ali likvidacije povrniti šele po izpolnitvi terjatev vseh upnikov. Glede na dogovor o neodpovedljivosti

(*) Zaupen podatek, tudi v nadaljevanju označen z [...]

vložka tihe družbe s strani Hessna po navedbah Nemčije vložek ni všteti v meji 15 % za inovativne finančne instrumente, ki jo je določil Baselski odbor, temveč jo je BAKred v celoti priznal kot rizični lastni kapital razreda 1 (temeljni kapital).

- (26) Po navedbah Nemčije Hessen ni sledil možnosti prenosa sklada za gradnjo stanovanj v obliki osnovnega kapitala in ne vložka tihe družbe, saj se takrat ni hotel obvezati za neposrednega delničarja in garanta, kar pa v tistem času edini delničar *Sparkasse- und Giroverband Hessen-Thüringen* niti ni želel.
- (27) Prenos sredstev dežele Hessen na Helabo leta 1998 se časovno ne ujema s prejšnjimi prenosi sredstev za pospeševanje na nemške deželne banke, ki so prav tako predmet pritožbe BdB in preiskovalnih postopkov Komisije. Vendar pa so po navedbah Nemčije prejšnji prenosi v določeni meri deželi Hessen služili kot vzorec, čeprav se je pri prenosu sredstev na Helabo upošteval nadaljnji razvoj trga kapitala in pravil za nadzor bančništva v smeri povečane uporabe in priznavanja hibridnih ali inovativnih instrumentov lastnega kapitala, ki v prvi polovici 90-ih let prejšnjega stoletja v Nemčiji še niso bili na razpolago v taki obliki ali obsegu in se še niso mogli upoštevati s strani nadzorstva.

3. KAPITALSKE ZAHTEVE V SKLADU Z DIREKTIVO O LASTNIH VIRIH SREDSTEV IN DIREKTIVO O SOLVENTNOSTI

- (28) V skladu z Direktivo Sveta 89/647/EGS ⁽⁶⁾ (v nadaljevanju „Direktiva o solventnosti“) in Direktivo Sveta 89/299/EGS ⁽⁷⁾ (v nadaljevanju „Direktiva o lastnih virih sredstev“), po katerih je bil spremenjen nemški zakon o bančništvu („KWG“), banke razpolagajo z rizičnim kapitalom v višini 8 % svoje tveganju prilagojene tehtane aktive. Od tega

morajo vsaj štiri odstotne točke predstavljati tako imenovani temeljni kapital (kapital „razred 1“), ki zajema postavke kapitala, s katerimi kreditna institucija razpolaga neomejeno in neposredno z namenom kritja tveganj in izgub, takoj ko se te pojavijo. Temeljni kapital je pri ugotavljanju celotnih lastnih sredstev banke v smislu nadzorstva odločilnega pomena, saj se dodatni kapital (kapital „razred 2“) za kritje tveganega poslovanja banke prizna le v višini razpoložljivega temeljnega kapitala.

4. POSLEDICE PRENOSA ZA OBSEG LASTNEGA KAPITALA HELABE

- (29) Obseg poslovanja kreditne institucije je v veliki meri odvisen od obsega njenega lastnega kapitala. Ta se je s prenosom posebnega sklada na Helabo precej povečal.
- (30) Od vložka tihe družbe v strokovno določeni vrednosti 2,473 milijarde DEM (1,264 milijarde EUR), vknjiženi v bilanci stanja Helabe in priznani s strani nadzorstva kot temeljni kapital, ima Helaba na razpolago letno nihajoč znesek 2,3 milijarde DEM (približno 1,2 milijarde EUR), ki ga lahko uporablja za kritje konkurenčnih dejavnosti. Preostanek vložka je po navedbah Nemčije potreben za kapitalsko kritje terjatev, ki sestavljajo posebni sklad. Vendar sta se Hessen in Helaba v navedenem sporazumu dogovorila za postopno ureditev, po kateri naj bi Helaba med letoma 1999 in 2002 za konkurenčne dejavnosti dejansko uporabljala le letno naraščajoči delni znesek razpoložljivega temeljnega kapitala in nadomeščal naj bi se le ta delni znesek. Šele z letom 2003 naj bi se znesek, ki ga je priznal BaFin, če ni potreben za dejavnosti za pospeševanje, v celoti uporabljal za kritje konkurenčnih dejavnosti. Natančni zneski, ki so na razpolago Helabi kot temeljni kapital ter se lahko in dejansko se uporabljajo za konkurenčne dejavnosti, so prikazani v naslednji preglednici:

⁽⁶⁾ UL L 386, 30.12.1989, ki je bila razveljavljena in nadomeščena z Direktivo 2000/12/ES UL L 126, 26.5.2000.

⁽⁷⁾ UL L 124, 5.5.1989, ki je bila razveljavljena in nadomeščena z Direktivo 2000/12/ES.

Preglednica

Obseg, priznanje s strani nadzorstva ter posamezna uporaba ali uporabnost vložka tihe družbe (v milijonih EUR; vrednosti ob koncu leta = povprečne letne vrednosti) ⁽⁸⁾

	1999	2000	2001	2002	2003
Nominalna vrednost v bilanci stanja	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
Temeljni kapital, priznan s strani nadzorstva za kritje rizičnega kapitala	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
Temeljni kapital, uporabljen za dejavnosti za pospeševanje	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Temeljni kapital, uporaben za konkurenčne dejavnosti, ki pa se po dogovorjenem stopenjskem modelu ne uporabi	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Temeljni kapital, po stopenjskem modelu uporaben ali dejansko uporabljen za konkurenčne dejavnosti	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

- (31) Do končnega dogovora z BAFin o rezultatu strokovne ocene sredstev za pospeševanje z dne 31. decembra 2003 ima Helaba še vedno na razpolago referenčni znesek [...] milijonov EUR (uporaben za konkurenčne dejavnosti).
- (32) Kot rezultat prenosa kapitala se je po navedbah Nemčije delež temeljnega kapitala (opredeljen v Baselskem sporazumu o lastnem kapitalu), o katerem je bil obveščen BAKred, zdaj BAFin, povečal z 5,4 % (31. december 1997) na 9,3 % (31. december 1998), delež lastnih sredstev pa z 9,6 % (31. december 1997) na 13,1 % (31. december 1998). Priglašena deleža temeljnega kapitala in lastnih sredstev sta se torej povečala za približno 72 % in 36 %.
- (33) Z vlogo sredstev se je povečala možnost širjenja dejavnosti Helabe z uporabo 100 % tveganju prilagojene tehtane aktive, pomnožene s faktorjem 12,5, ki ustreza deležu lastnih sredstev 8 %, za približno 28 milijard DEM (14 milijard EUR). Vendar dejansko lahko povečanje lastnih sredstev za 2,3 milijarde DEM dovoljen obseg kreditiranja razširi v veliko večji meri, saj aktiva banke običajno ni povprečno 100 % tveganju prilagojena tehtana aktiva.
- (34) Ker je povečanje temeljnega kapitala Helabi omogočilo, da še poveča dodatni kapital, je prišlo do še večjega neposrednega povečanja njene kreditne sposobnosti.

⁽⁸⁾ Stališče Nemčije z dne 23. junija 2004, str. 2–7

- (35) Absolutni in relativni razvoj temeljnega kapitala Helabe ter vložek tihe družbe dežele Hessen in drugi vložki tihe družbe po letu 1997 so prikazani v obliki preglednice spodaj, pri čemer se razlikuje med položajem v skladu s priznanjem s strani nadzorstva in položajem v skladu s pogodbeno dogovorjenim stopenjskim modelom.

Preglednica: Vrednosti ob koncu leta		1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
		mio. €	mio. €	mio. €	mio. €	mio. €	mio. €	mio. €
V skladu s priznanjem s strani nadzorstva	Vložek tihe družbe dežela Hessen	—	1 023	1 264	1 264	1 264	1 264	1 264
	Drugi vložki tihe družbe	153	153	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Temeljni kapital	1 449	2 579	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Delež vložka tihe družbe dežela Hessen v %	—	40 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Delež drugih vložkov tihe družbe v %	11 %	6 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
V skladu s pogodbeno dogovorjenim stopenjskim modelom	Vložek tihe družbe dežela Hessen	—	—	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Drugi vložki tihe družbe	153	153	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Temeljni kapital	1 449	1 556	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Delež vložka tihe družbe dežela Hessen v %	—	—	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Delež drugih vložkov tihe družbe v %	11 %	10 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

5. NADOMESTILO ZA PRENESENA LASTNA SREDSTVA

- (36) Helaba za vložek tihe družbe po navedbah Nemčije deželi Hessen izplačuje nadomestilo (t.i. provizijo za jamstvo) v višini 1,4 % letno, ki vključuje nadomestilo za funkcijo jamstva v višini 1,2 % letno in pribitek v višini 0,2 % za trajnost vložka in enostransko pravico odpovedi banke ter s tem povezan obratovalni davek od dela posebnega sklada, ki ga lahko uporablja banka, torej skupaj 1,66 %. Pri tem je s tako imenovanim stopenjskim modelom dogovorjeno, da se to nadomestilo v prvih štirih letih (1998 do 2002) ne izplačuje za celotno vrednost sklada, temveč za dogovorjene, letno naraščajoče tranše (referenčne zneske), ki naj bi se v skladu z dogovori iz dogovora o prenosu uporabljali za kritje konkurenčnih dejavnosti. Po navedbah Nemčije je

Helaba zavezana k izplačevanju nadomestila na podlagi stopenjskega modela ne glede na to, ali se vložek tihe družbe uporablja za kritje konkurenčnih dejavnosti ali dejavnosti v okviru njenih javnih nalog, ter ali se prenesen kapital dejansko uporablja za namene solventnosti.

6. RAZLOGI ZA ZAČETEK POSTOPKA

- (37) Komisija je v odločitvi o začetku postopka z dne 13. novembra 2002 predhodno ocenila, da gre pri prenosu posojil za pospeševanje gradnje stanovanj s strani dežele Hessen na Helabo verjetno za novo državno pomoč v smislu člena 87(1) Pogodbe ES, ki se je zaradi

neupoštevanja posebnih določb, navedenih v členu 87 (2) in (3) ter členu 86(2) Pogodbe ES, izkazala kot nezdružljiva s skupnim trgom.

- (38) Izhodišče za njeno preiskavo je bilo načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu. Po tem načelu gre pri vlogi državnih sredstev za pomoč, če dobi podjetje na razpolago državna sredstva, ki jih pod običajnimi tržnimi pogoji ne bi prejelo.
- (39) Komisija je z ozirom na dolgoročno netvegano obrestno mero (10-letne nemške obveznice) v višini približno 4 % ob koncu leta 1998 podvomila, ali se dogovorjeno nadomestilo lahko šteje za primerno, zlasti ob upoštevanju primerne rizične premije. Po drugi strani pa je priznala, da se pri določanju običajnega tržnega nadomestila ne sme prezreti manjkajoča likvidnost zadevnega prenesenega kapitala. Posojila za pospeševanje, prenesena v obliki vložka tihe družbe, se morajo uporabljati za javne namene pospeševanja na enak način kot pred prenosom. Helaba torej prenesena sredstva ne more uporabljati neposredno za svoje poslovanje. Z razširitvijo obsega lastnega kapitala Helabe se je sicer povečala njena kreditna sposobnost (širjenje dejavnosti kot funkcija lastnega kapitala). Vendar lahko banka doseže celoten možen obseg razširitve dejavnosti le pod pogojem, da dodatni obseg kreditov v celoti refinancira na trgu kapitala. Komisija je mnenja, da dežela Hessen zato ne more pričakovati natanko enakega donosa kot vlagatelj likvidnih sredstev in je torej primeren odbitek upravičen. Vendar pa z ozirom na obseg davčne olajšave za stroške refinanciranja obstaja dvom, ali to lahko upraviči odbitek celotnih bruto stroškov refinanciranja od običajnega tržnega nadomestila za likviden vložek tihe družbe.
- (40) Komisija je podvomila, ali je osnovno nadomestilo v višini 1,2 % letno, dogovorjeno za vložek tihe družbe, v okviru tržnega razpona za primerljive transakcije, zlasti zaradi dejstva, da se zdi absolutni obseg večji od običajnega na trgu. Podvomila je tudi, ali je pribitek 0,2 % letno za dolgoročnost vloge na trgu običajen in ali se obratovalni davek v višini 0,26 % letno, ki ga mora Helaba plačevati v tem primeru, ne bi ga pa plačevala za vložek tihe družbe s strani poslovnih vlagateljev, lahko obravnava kot dodatni del nadomestila in kot pomemben za tržno primerjavo.
- (41) Poleg tega je izrazila tudi dvom, ali bi se vlagatelj v tržnem gospodarstvu v podobnih okoliščinah strinjal z omejitvijo nadomestila na delne zneske v prvih nekaj letih. V tej zvezi je treba tudi preveriti, ali ima Helaba od dela vložka tihe družbe, ki se ne nadomešča, dodatne koristi, ki se morajo nadomestiti, zlasti v obliki izboljšave kreditne sposobnosti, saj se vložek tihe družbe že od vsega začetka v celoti knjiži v bilanci stanja in je zato na razpolago za namene jamstva.

III. PRIPOMBE NEMČIJE

- (42) Nemčija je navedla, da je dežela Hessen v letih 1997/98 iskala načine za doseg dodatnega dohodka s sredstvi za gradnjo stanovanj ob ohranitvi njihove namenskosti, tako da jih prenese na kreditno institucijo. Sredstva naj se pri tem ne bi delila. To je bila pripravljena sprejeti le Helaba. Delničarji Helabe se niso strinjali z naložbo dežele Hessen v osnovni kapital. Tako je torej med instrumenti temeljnega kapitala v poštevek prišel le vložek tihe družbe.
- (43) Po navedbah Nemčije trditve Komisije glede drugih deželnih bank za Helabo ne veljajo, predvsem zaradi dejstva, da je slednja donosna in ne razpolaga z razmeroma majhnim rizičnim kapitalom ter ni odvisna od prenosa sredstev za pospeševanje pri ohranjanju obstoječih dejavnosti ali kritju svojega širjenja. Helaba lahko svoje potrebe po kapitalu krije pri svojem delničarju *Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen* ter na trgu kapitala.
- (44) Potem ko je Baselski odbor za bančni nadzor dne 21. oktobra 1998 v tako imenovani „Sydneyjski izjavi“ za mednarodno dejavne kreditne institucije oblikoval nove smernice glede priznavanja instrumentov temeljnega kapitala s strani nadzorstva, sta se dežela Hessen in banka odločila za časovno neomejena sredstva v nasprotju z omejenimi z namenom upoštevanja novih določb glede priznavanja kot temeljni kapital nad mejo 15 %. Vendar je dežela Hessen zahtevala pribitek na nadomestilo v višini 0,20 % letno za trajnost vloge in enostransko pravico odpovedi banke.
- (45) Po navedbah Nemčije se je po navedeni Sydneyjski izjavi Baselskega odbora za bančni nadzor razvil trg zamenjav za vložke tihih družb, za katerega je značilna velika raznovrstnost na vlagateljevi strani, pri čemer krog vlagateljev vključuje tako zasebne vlagatelje kot večje institucionalne vlagatelje.
- (46) Tiha udeležba se pri tem bistveno razlikuje od udeležbe pri osnovnem kapitalu. Tihi družbenik nima deleža v podjetju in ima le osnovne pravice nadzora. Medtem ko se mora vpisani kapital nadomeščati z dividendami po obdavčitvi, je nadomestilo za vložek tihe družbe strošek poslovanja, ki se odšteje pred plačilom davka. Po nemškem pravu bančnega nadzorstva so se vložki tihe družbe priznavali kot temeljni kapital brez količinske omejitve že pred letom 1998 in tudi po mednarodnem zakonu o bančnem nadzoru se trajni vložki tihe družbe priznavajo kot temeljni kapital po Sydneyjski izjavi iz oktobra 1998. V letih 1998/99 so kreditne institucije v vse večjem obsegu uporabljale vložke tihe družbe. Ti redi velikosti so znašali do 1 milijarde USD ali 1,2 milijarde DEM (približno 0,6 milijarde EUR). Vložki tihe družbe na začetku 90-ih let prejšnjega stoletja niso bile

zelo razširjene, v letih 1998/99 pa nikakor niso bile več postranski finančni instrument.

(47) Dežela Hessen se je pri pripravi pravne oblike in dogovarjanju za nadomestilo opirala na primerljive transakcije, ki vključujejo zasebne kreditne institucije. Po navedbah Nemčije se je leta 1998 banka SGZ, na primer, dogovorila za povračilo za jamstvo v višini 1,2 % letno nad referenčno obrestno mero, *HypoVereinsbank Luxemburg* pa za 1,6 %, medtem ko se je leta 1999 *Dresdner Capital LLC* dogovorila za povračilo za jamstvo v višini 1,65 % letno nad ustrezno referenčno obrestno mero, *HypoVereinsbank Luxemburg* za 1,25 %, *Deutsche Bank* pa za tako imenovani perpetual za 1,15 %. Pribitki na nadomestilo za sredstva za zasebne institucije so načeloma v razponu med 0,80 % nad letno referenčno obrestno mero LIBOR ⁽⁹⁾ in 2,15 % nad ameriškimi državnimi obveznicami ⁽¹⁰⁾. Poleg tega sta hranilnici v Hessnu in Turingiji začeli dodeljevati vložek tihe družbe z dnem 5. decembra 1997, katere letno nadomestilo znaša 1,2 % nad referenčno obrestno mero.

(48) Nemčija je tudi navedla, da se v primeru spremenljivih obrestnih mer referenčne obrestne mere nanašajo na instrumente na denarnem trgu (LIBOR in EURIBOR), v primeru fiksnih obrestnih mer pa na instrumente na trgu obveznic (fiksno obrestovane državne obveznice, kot so ameriške obveznice in nemške obveznice) ali na obrestne mere na trgu zamenjav. Na evropskem denarnem trgu se izposoje ponavadi vršijo na medbančnem trgu brez dodatnih pribitkov na podlagi LIBOR ali EURIBOR. Če so te referenčne obrestne mere izbrane za vložke tihe družbe, so pribitki enaki nadomestilu za jamstvo za vložke tihe družbe. Na trgu obveznic se ponavadi za referenčne obrestne mere uporabljajo donosi na državne obveznice in od konca 90-ih let prejšnjega stoletja vse bolj referenčna obrestna mera „Mid-Swaps“ (povprečna obrestna mera razpona med ponudbeno in prodajno ceno na trgu zamenjav). Banke morajo celo na prvorazredne bančne obveznice za državne obveznice za enako obdobje zaradi bonitetnih in/ali likvidnostnih razlogov izplačevati različen pribitek, nihajoč glede na obstoječe stanje na trgu. Ta pribitek se imenuje pribitek za refinanciranje. Pri ocenjevanju fiksnih obrestovanih vložkov tihe družbe v kreditne institucije se morajo torej ti pribitki za refinanciranje odbiti od pribitkov na nadomestilo.

(49) Ti pribitki za refinanciranje za evropske banke (prednostne obveznice, indeks JP Morgan) v primerjavi z nemškimi obveznicami so se po navedbah Nemčije v dvehletnem obdobju 1998-1999 gibali med slabimi 20 in dobrimi 40

⁽⁹⁾ Glej mnenje Nemčije z dne 9. aprila 2003, str. 25: spremenljivo obrestovana tranša vloge tihe družbe v višini 700 milijonov USD za obdobje 10 let, ki jo je januarja 1998 prejela *Deutsche Bank*.

⁽¹⁰⁾ Glej mnenje Nemčije z dne 9. aprila 2003, str. 25: tranša vloge tihe družbe v višini 1 000 milijonov USD za obdobje 32 let, ki jo je maja 1999 prejela *Dresdner Bank*.

odstotnimi točkami. Ob koncu leta 1998 so znašali skoraj 40 odstotnih točk ⁽¹¹⁾. Če pa se za referenčno vrednost izbere menjalna obrestna mera („Mid-Swaps“), je obrestni pribitek za vložek tihe družbe v veliki meri skladen s konkretnim nadomestilom za jamstvo za vložek tihe družbe, saj je obrestni pribitek z menjalno obrestno mero za nemške obveznice v tržnem smislu skoraj skladen z obrestnim pribitkom na „pokrite“ bančne obveznice za nemške obveznice in se zato lahko pretvori tudi v obrestne pribitke za EURIBOR.

(50) Pogajanja o vložku in nadomestilu so potekala med deželo Hessen in banko kot med dvema med seboj neodvisnima strankama. Končno dogovorjeno nadomestilo v višini 1,4 % letno (1,2 % plus pribitek 0,2 % za trajnost vložka in enostransko pravico odpovedi banke) temelji na navedenem razponu in celi vrsti podatkov s takrat obstoječega trga.

(51) Nemčija je v zvezi s pribitkom za trajnost vložka podrobno navedla, da gre pri primerljivih transakcijah za obdobje 10 ali 12 in tudi 32 let ali za neomejeno obdobje. Pribitek 0,2 % letno za trajnost vloge je v skladu s trgom glede na boniteto Helabe AAA/Aaa v zadevnem obdobju, kakršne ne dosega nobena od primerljivih institucij. Poleg tega transakcije na trgu kapitala, ki služijo za primerjavo, ne odražajo kakršne koli odvisnosti obsega nadomestila od zneska prejetih sredstev, niti z vidika institucij (celotni znesek izdaje) niti z vidika vlagateljev (znesek vpisane tranše).

(52) Helaba ob nadomestilu 1,4 % plačuje tudi obratovalni davek, h kateremu dežela Hessen ni zavezana, tako da je skupna obremenitev 1,66 % (pred obdavčitvijo). Po navedbah Nemčije je torej pri primerjavi nadomestil treba upoštevati učinek obratovalnega davka – v povezavi z vložkom tihe družbe v primeru Helaba – v višini 0,26 % letno. Poslovni vlagatelji v Nemčiji plačujejo obratovalni davek od dividend iz tihih udeležb. Vendar dežela Hessen ni zavezana k plačevanju obratovalnega davka. Namesto tega mora obratovalni davek ob nadomestilu za vložek tihe družbe plačevati Helaba. Institucionalni vlagatelj v tržnem gospodarstvu bi torej zahteval večje nadomestilo kot Hessen za izravnavo obremenitve v obliki obratovalnega davka. V nasprotnem primeru bi bila Helaba takoj pripravljena takemu vlagatelju izplačevati pribitek na nadomestilo, saj je vseeno, ali pribitek plačuje kot nadomestilo vlagatelju ali kot obratovalni davek davčni upravi. Vključno z obratovalnim davkom 0,26 % letno je skupna obremenitev Helabe ob obveznem nadomestilu

⁽¹¹⁾ Glej grafikon iz Priloge 15 mnenja Nemčije z dne 9. aprila 2003.

- v višini 1,40 % letno za vložek tihe družbe 1,66 % letno, kar je nedvomno v tržnem razponu in predstavlja rezultat pogajanj med Helabo in Hessnom.
- (53) Po navedbah Nemčije je v primeru Helabe izplačano nadomestilo kot strošek poslovanja odbitna postavka. Vložki tihe družbe predstavljajo lastni kapital le v izračunu solventnosti s strani bančnega nadzorstva, v smislu prava družb in davčnega prava pa se štejejo za tuji kapital.
- (54) Banka naj bi za svojo načrtovano letno stopnjo rasti potrebovala le [...] milijonov DEM lastnega kapitala, medtem ko znaša vrednost sredstev za pospeševanje, priznanih s strani bančnega nadzorstva kot rizični lastni kapital, več kot [...] milijard DEM. Helaba po navedbah Nemčije ni sprejela vložka tihe družbe v višini približno 2,5 milijarde DEM v enem koraku, saj ta znesek pokriva njene potrebe po lastnem kapitalu za več let; raje je večkrat pozvala k vložku na trgu kapitala. Kljub tem učinkom, ki bremenijo Helabo, ni prišlo do dogovora za odbitek na stopnjo nadomestila 1,4 %. Hessen in Helaba sta se namesto tega dogovorila za začasno rešitev in sicer za postopno uporabo vložka tihe družbe in njegovo nadomestilo (t.i. stopenjski model). Banka si je pri tem prizadevala za ureditev, po kateri bi nadomeščala vložek le v skladu s cilji rasti, dogovorjenimi z njenim lastnikom, v višini njegove dejanske uporabe za kritje rizičnega kapitala. To pa je bilo za deželo Hessen preveč neugodno in zato nesprejemljivo. Po pogajanjih za usklajitev nasprotujočih si interesov je bila dogovorjena ureditev z letno naraščajočimi tranšami, ki se morajo nadomeščati (1999: [...] milijonov DEM, 2000: [...] milijard DEM, 2001: [...] milijard DEM, 2002: [...] milijard DEM, 2003: [...] milijard DEM ali zgornja meja za uporaben temeljni kapital). S tem stopenjskim modelom je bila za prva leta predvidena znatno hitrejša rast kot je potrebna za načrtovano stopnjo rasti banke. Upravni odbor je nato zaprosil svet direktorjev, naj odobri dodatno posebno kvoto [...] milijonov DEM za kritje rizičnega lastnega kapitala, z donosi katere naj bi se financiralo nadomestilo za razliko z namenom zagotovitve, da se vložek uporablja na način, ki je v smislu rezultata poslovanja nevtralen. Po mnenju Nemčije to kaže na dejstvo, da „prekomerna dotacija“ banki ni prinesla dodatnih prednosti, poleg tega pa bi brez posebne kvote celo bremenila profitno stanje banke, saj prihodek ne bi dosegel nadomestila za tiste dele postopoma naraščajoče davčne osnove, ki niso kriti z dodatnim poslovanjem.
- (55) S tem bi z letom 2003 nastale letno naraščajoče plačilne obveznosti do višine približno 33 milijonov DEM. Banka mora poleg nadomestila za vložek tihe družbe kriti tudi stroške refinanciranja za posojilo.
- (56) Nemčija je izrazila mnenje tudi o načelu vlagatelja v tržnem gospodarstvu. Po sodni praksi se mora tržna narava transakcije ocenjevati z vidika vlagatelja. Zato se poraja dvom glede namena Komisije, kakor je navedeno v sklepu o začetku preiskovalnega postopka, da preveri zlasti z vidika prejemnika, ali je Helaba prejela gospodarsko ugodnost, kakršne ne bi prejela pod običajnimi tržnimi pogoji.
- (57) Torej ne more biti prav, da Komisija ne glede na to, ali bi vlagatelj v tržnem gospodarstvu sprejel postopoma naraščajočo davčno osnovo za nadomestilo, namerava preveriti, ali Helabi prinaša dodatne ugodnosti (izboljšanje splošne kreditne sposobnosti) tisti del vložka tihe družbe, ki se ne nadomešča. V skladu z odstavkom 327 sodbe v primeru WestLB se ne more sklicevati le na podjetje, ki mu vložek prinaša koristi. Dodatna ugodnost prejemnika ne bi bila pomembna, če vlagatelj v tržnem gospodarstvu – iz kakršnega koli razloga že – ne bi zahteval dodatnega nadomestila za to ugodnost. Nobena institucija ne bi bila pripravljena izplačati takojšnjega nadomestila za celoten znesek, če bi lahko uporabljala le počasi naraščajoče delne zneske za namene širjenja dejavnosti in hkrati na noben način ne bi mogla uporabljati presežnih zneskov. Hessen pa je hotel svoj posebni sklad za gradnjo stanovanj kljub njegovemu obsegu vložiti v enem kosu v eno kreditno institucijo. Zasebni vlagatelj v takem primeru ne bi zahteval takojšnjega nadomestila za celotni vložek, razen če bi našel kreditno institucijo, ki potrebuje vložek kapitala v zadevnem obsegu zaradi eksplozivne razširitve njenih dejavnosti ali izravnavo velikih izgub. Vendar v tem primeru temu ni bilo tako. Helaba ni imela koristi od tistih delov vložka tihe družbe, ki jih zaradi bančnega nadzorstva v prvih letih ni mogla uporabljati in jih zaradi zahteve njihovih lastnikov niti ni smela.
- (58) Helaba na podlagi stopenjskega modela, dogovorjenega z deželo Hessen, za namene širjenja dejavnosti uporablja le tranše v višini približno [...] milijonov DEM letno in navedeno posebno kvoto v višini približno [...] milijonov DEM. Stopenjski model v gospodarskem smislu pomeni prejem več časovno porazdeljenih vložkov tihe družbe. Zneski, ki jih prejemajo zasebne institucije, so zato najbolj primerljivi z zneski posameznih tranš. Že zaradi tega lahko govorimo o skladnosti reda velikosti s trgom. Dežela Hessen ni mogla zahtevati pribitka za nadomestilo za posebni sklad v enem kosu, ki ga je bila pripravljena sprejeti le Helaba, temveč je morala kot rezultat pogajanj sprejeti, da se nadomestilo izplačuje le za postopno naraščajoče delne zneske te vloge.

- (59) Prav je, da se vložek ni nadomestil zaradi dodatne funkcije jamstva za izplačevanjem provizije za jamstvo, saj ga banka ni uporabljala v smislu bančnega nadzorstva za širjenje dejavnosti. V gospodarskem smislu namreč ne bi bilo razumno, če bi kreditna institucija, kateri so vse rating agencije določile največjo kreditno sposobnost, izplačevala nadomestilo za funkcijo jamstva za dodatno prejeta sredstva. Pogoji, pod katerimi lahko institut prejema tuji kapital, se niso dodatno izboljšali, tako da ne gre za obstoj denarnih ugodnosti. Vlagatelj, ki je vztrajal pri prenosu celotnega kapitala na banko v enem kosu, torej ni mogel naložiti nadomestila za funkcijo jamstva.
- (60) Dvomi Komisije glede nelikvidnosti kapitala, navedeni v sklepu o začetku preiskovalnega postopka, delno temeljijo na metodologiji Odločbe glede WestLB, ki pa se v zadevnem primeru zaradi velikih razlik med dejstvi ne more uporabljati. Po navedbah Nemčije se morajo v zadevnem primeru od nadomestila za sicer primerljive, toda likvidne vložke tihe družbe odbijati bruto in ne le neto stroški refinanciranja. Tudi v primeru zasebnih kreditnih institucij je namreč nadomestilo za jamstvo za prejete vložke tihe družbe odbitna postavka. Če bi se v primeru Helaba od dozdevnega nadomestila za likvidni vložek tihe družbe odbijali le neto stroški refinanciranja, bi se moral enak postopek uporabiti v primeru zasebnih kreditnih institucij, kar zadeva z njihove strani dejansko izplačano nadomestilo za likvidne vložke tihe družbe. V nasprotnem primeru bi bila primerjava izkrivljena.

IV. PRIPOMBE ZAJINTERESIRANIH STRANK

1. PRIPOMBE PRITOŽNIKA BDB

- (61) BdB meni, da Helaba ni izplačevala primerne nadomestila za prenesen temeljni kapital in je potemtakem prejela državno pomoč.
- (62) BdB v svojih pripombah z dne 29. julija 2003 glede postopkov, začelih dne 13. novembra 2002 v zvezi z deželnimi bankami, navaja, da se mora na vprašanje glede primernosti nadomestila odgovoriti s pomočjo metodologije, ki jo je Komisija uporabila za sprejetje Odločbe glede WestLB.
- (63) Prvi korak je torej primerjava razpoložljivega kapitala z drugimi instrumenti lastnega kapitala. Drugi korak je določitev najmanjšega nadomestila, ki bi ga vlagatelj pričakoval za dejansko naložbo v lastni kapital deželne banke. Nazadnje se morajo izračunati morebitni pribitki in odbitki zaradi posebnosti prenosa.

1.1. PRIMERJAVA Z DRUGIMI INSTRUMENTI LASTNEGA KAPITALA

- (64) Po navedbah BdB so skoraj vse deželne banke z letom 1992 potrebovale nov temeljni kapital, da bi izpolnile strožje zahteve nove Direktive o solventnosti. Deželne banke bi morale brez teh povečan kapitala zmanjšati svoj obseg dejavnosti. Na podlagi tega se po besedah BdB lahko zaključi, da se vložen kapital lahko primerja le s takimi instrumenti lastnega kapitala, ki so bili v Nemčiji v letu prenosa priznani in na razpolago kot temeljni kapital (kapital „razred 1“). Pri primerjavi se torej takoj izključijo neglasovalne prednostne delnice, pravice za udeležbo pri dobičku in trajne prednostne delnice. Ti trije instrumenti lastnega kapitala v Nemčiji niso priznani kot temeljni kapital temveč kot dodatni kapital (kapital „razred 2“).
- (65) V času zadevnih prenosov so bili v Nemčiji kot temeljni kapital priznani le osnovni kapital in vložki tihe družbe. Po mnenju BdB je bila edina primerna pravna oblika, ki jo je imela Helaba na razpolago za dejansko naložbo, osnovni kapital. BdB pri tem ne izpodbija dejanskega priznanja navedenih organov. Trdi pa, da do takega priznanja ne bi smelo priti, saj konkretno dogovorjen vložek tihe družbe s strani dežele Hessen gospodarsko in pravno ni primerljiva z „običajnimi“ vložki tihe družbe, temveč veliko bolj z osnovnim kapitalom. Ker pa je do takega priznanja dejansko prišlo, mora vsaj nadomestilo za vložek tihe družbe s strani dežele Hessen temeljiti na nadomestilu za osnovni kapital, saj bi vlagatelj v tržnem gospodarstvu tako nadomestilo zahteval na podlagi podobnosti vložka z osnovnim kapitalom in konkretno strukturo tveganja.
- (66) BdB pri tem na podlagi seznama meril analizira, zakaj je po njegovem mnenju vložek tihe družbe s strani dežele Hessen v gospodarskem in pravnem smislu primerljiv z osnovnim kapitalom in ne z vložki tihe družbe, razvidnimi na trgu.
- (67) Izhaja predvsem iz dejstva, da so „običajni“ vložki tihe družbe časovno omejeni in se lahko odpovedo, po načelih Baselskega odbora za bančni nadzor pa se ne morejo uporabljati za obsege, ki presegajo 15 % temeljnega kapitala, medtem ko je vložek tihe družbe s strani dežele Hessen kot osnovni kapital časovno neomejen in lahko preseže mejo 15 %. Poleg tega se iz sporazuma o podrejenosti sredstev ne more sklepati manjše tveganje za vlagatelja, saj vložen kapital predstavlja pomemben del celotnega temeljnega kapitala, v nekaterih primerih več kot 50 %. To pomeni veliko večjo verjetnost, da se bo vloženi

kapital uporabil v primeru izgub, zato se mora izplačevati tudi večja premija tveganja. BdB še navaja, da se morajo vložki tihe družbe priznavati s strani bančnega nadzorstva le kot tako imenovan nižji kapital razreda 1 in lahko torej v skladu s „Sydneyjsko izjavo“ Baselskega odbora za bančni nadzor iz leta 1998 predstavljajo le še 15 % potrebnega deleža temeljnega kapitala. Vložki tihe družbe velikega obsega, ki presegajo to mejo, se torej ne morejo uporabljati. Nazadnje pa *perpetuali* v lasti *Deutsche Bank*, ki jih je navedla Nemčija, ne morejo predstavljati merila za primerno nadomestilo, saj ne dosega meje 15 % in zato ne bi bili druga možnost za Helabo ob koncu leta 1998.

(68) Še en dejavnik je dejstvo, da dežela Hessen vložek daje na razpolago Helabi brez možnosti za odpoved s svoje strani, torej za neomejeno obdobje. Delničar sicer ne more svojega delniškega kapitala „odpovedati“, lahko pa se svobodno

odloči, da delnice proda in jih naloži drugam. Ne glede na podrobnosti pravne oblike tu ne gre za tako prenosljivost že zaradi tega, ker v vsakem primeru trg za vlogo kapitala v takem obsegu in za neomejeno obdobje praktično ne obstaja. Po drugi strani pa zasebni vlagatelji ponavadi pustijo odprto možnost za ponoven dvig svojega kapitala v primeru trajno slabih rezultatov in za donosnejšo naložbo. Zasebni vlagatelj bi trajno vezavo rizičnega kapitala sprejel morda le v zameno za primerno velik donos.

(69) Oblika vloge kapitala, izbrana v tem primeru, je torej običajna naložba v osnovni kapital, za katero bi vlagatelj v tržnem gospodarstvu pričakoval primeren donos. Zlasti ni dovolj, da se neomejeno trajanje upošteva le s pribitkom na osnovno stopnjo donosa, določeno za namene primerjave za (omejen) vložek tihe družbe.

(70) Naslednji preglednici prikazujeta bistvene razlike med „vložkom tihe družbe“ v primeru Helaba in drugimi oblikami osnovnega kapitala, ki so bile na razpolago v času naložbe:

	„Vložek tihe družbe“ Helaba	Osnovni kapital	Tiha udeležba	Neglasovalne prednostne delnice	Pravice za udeležbo pri dobičku	Trajne prednostne delnice
Razpoložljivost na nemškem trgu leta 1998	Da	Da	Da	Da	Da	Da
Kakovost glede na bančno nadzorstvo	Temeljni kapital	Temeljni kapital	Temeljni kapital le pod določenimi pogoji in mejo 15 %	Dodatni kapital	Dodatni kapital pod posebnimi pogoji	Dodatni kapital ali temeljni kapital z mejo 15 %

	Osnovni kapital	„Vložek tihe družbe“ Helaba	Tiha udeležba
Uporabnost za velike obsege	Da	Da	Ne
Neomejeno trajanje	Da	Da	Ne
Vlagatelj nima pravice odpovedi	Da	Da	Da
Udeležba pri tekočih izgubah	Da	Da	Da
Vračilo v postopku insolventnosti na zahtevo upnika	Da	Da Ni notranje „podrejenosti“ v primerjavi z osnovnim kapitalom	Da Vračilo pred osnovnim kapitalom

	Osnovni kapital	„Vložek tihe družbe“ Helaba	Tiha udeležba
Nadomestilo, sorazmerno z dobičkom	Da	Da	Da
Ni doplačila v primeru izpada nadomestila	Da	Da	Ne Kumulativno doplačilo možno

1.2. ODBITNA POSTAVKA

(71) BdB dvomi, da je delež dežele Hessen pri dobičku odbitna postavka kot strošek poslovanja. Domneva, da se Hessen z vložkom tihe družbe izpostavlja znatnemu poslovnemu tveganju. To potrjuje ne samo obseg kapitalske vloge temveč tudi neodpovedljivost udeležbe. To poslovno tveganje upravičuje obstoj partnerstva (t.i. neznačilne tihe družbe), davčno opredelitev vložka tihe družbe kot lastni kapital partnerstva in dejstvo, da delež tihega družbenika pri dobičku ni odbitna postavka kot strošek poslovanja Helabe.

1.3. NAJMANJŠE NADOMESTILO ZA NALOŽBO V OSNOVNI KAPITAL DEŽELNE BANKE

(72) BdB trdi, da vse metode za določitev ustreznega nadomestila (donosa) za razpoložljiv lastni kapital izhajajo iz netveganega donosa in vključujejo premijo tveganja. Te metode se lahko pojasnijo po naslednjem temeljnem načelu:

pričakovan donos na tvegano naložbo

= netvegan donos + premija tveganja za tvegano naložbo

(73) BdB za določitev netveganega donosa uporablja donose na dolgoročne državne obveznice, saj gre pri vrednostnih papirjih s fiksnimi obrestmi, ki jih izdajajo državni organi, za obliko vloge z najmanjšim tveganjem ali brez tveganja ⁽¹²⁾.

(74) BdB za izpeljavo premije tveganja najprej določi tako imenovano premijo tržnega tveganja, torej razliko med povprečnim dolgoročnim donosom na delnice in na državne obveznice. Za nemški delniški trg BdB na podlagi

⁽¹²⁾ Za izravnavo posledic inflacije se mora za vsako obdobje prenosa določiti stopnja donosa na dolgoročne državne obveznice, sprva brez upoštevanja predvidene inflacije. Za oceno dolgoročne netvegane temeljne obrestne mere se nato „dejanski temeljni obrestni meri“ v času obravnave doda ocena pričakovane povprečne dolgoročne inflacije v višini 3,60 %.

študije Stehle-Hartmond (1991) izhaja iz enotne dolgoročne premije tržnega tveganja v višini 4,6 %.

(75) BdB v drugem koraku določi beta vrednost za deželne banke, t.j. posamezno premijo tveganja bank, kateri se mora prilagoditi splošna premija tržnega tveganja. Po navedbah BdB so se beta vrednosti določile statistično, kar pomeni, da so se ocenile na podlagi vzorca preteklih podatkov. BdB ugotavlja, da so vse beta vrednosti za vse deželne banke in obravnavana obdobja večja kot ena ⁽¹³⁾.

(76) Po izračunih BdB pričakovano najmanjše nadomestilo za naložbo v osnovni kapital Helabe v času prenosa sredstev za pospeševanje dne 31. decembra 1998 znaša 11,66 % letno.

1.4. PRIBITKI IN ODBITKI ZARADI POSEBNOSTI TRANSAKCIJ

(77) BdB ugotavlja, da je Sodišče prve stopnje potrdilo odbitek 4,2 % od najmanjšega nadomestila 12 % zaradi manjkajoče likvidnosti sredstev Wfa, ki ga je Komisija določila v Odločbi glede WestLB. Zato ne vidi nobenega razloga za odstopanje od te metode v zadevnih primerih; tudi tu se opravi odbitek zaradi manjkajoče likvidnosti. Višina odbitka zaradi manjkajoče likvidnosti se izračuna s pomočjo metodologije WestLB na podlagi neto stroškov refinanciranja (bruto stroški refinanciranja minus ustrezen davek od dobička).

(78) Odbitek zaradi manjkajoče likvidnosti se za Helabo izračuna na podlagi bruto obrestne mere refinanciranja 6,57 % letno (ki ustreza dolgoročni netvegani temeljni obrestni meri v času prenosa leta 1998), na kateri se uporabi takrat veljavna skupna davčna stopnja za izračun neto obrestne mere refinanciranja.

⁽¹³⁾ BdB za namene primerjave navaja tudi teoretične beta vrednosti, izračunane z Modelom vrednotenja dolgoročnih naložb (CAPM), ki se, kakor ugotavlja, le malo razlikujejo od empirično določenih vrednosti.

(79) BdB meni, da so trije vidiki prenosa razlog za povečanje njegovega tveganja glede na „običajno naložbo v osnovni kapital“: v določeni meri izredno visok obseg prenesenih sredstev, neizdaja novih delnic v družbi in s tem povezana odpoved dodatnim glasovalnim pravicam ter nezadostna tržnost vloge, t.j. nemožnost, da bi se vložen kapital kadar koli dvignil iz podjetja. BdB spoznava pribitek v višini najmanj 1,5 % letno za upravičenega glede na metodologijo WestLB.

1.5. KAPITALSKA OSNOVA IN DELI NADOMESTILA

(80) BdB najprej poudarja, da mora biti pri izračunu primernega nadomestila v primeru Helaba osnova skupni znesek, priznan kot temeljni kapital za kritje konkurenčnih dejavnosti, in ne zgolj dejansko uporabljen ali uporaben del. To utemeljuje z dejstvom, da se vlagatelj v tržnem gospodarstvu zagotovo ne bi strinjal z omejitvijo svojega nadomestila le na dejansko uporabljen del. Za zasebnega vlagatelja, ki tvega izgubo svoje vloge, ni pomembno, ali kreditna institucija dejansko uporablja vložen kapital za širjenje svojih dejavnosti. Zanj je pomembno, da on sam z vloženim zneskom ne more več gospodariti in s tem doseči ustreznega donosa.

(81) Izračun nadomestila v obdobju med 1998 in 2002 na podlagi letno naraščajočih tranš ni bil upravičen kot odbitek zaradi dejstva, da vložen kapital ni bil „razdeljen“, ali dejstva, da bi enkratna vloga za Helabo pomenila breme. Tudi če vloga kapitala morda ni bi bila potrebna za izpolnitev zahtev glede solventnosti, je vseeno znatno povečala obseg lastnega kapitala Helabe in omogočila veliko razširitev njenih konkurenčnih dejavnosti. Vlagatelj v tržnem gospodarstvu bi torej zahteval neomejeno nadomestilo za celoten znesek na podlagi njegovega priznanja kot rizični lastni kapital.

(82) Provizija za jamstvo v višini 0,3 % letno, ki jo je Komisija uporabila v Odločbi glede WestLB, izračunala pa jo je s primerjavo zneska kapitala z jamstvom, se mora naložiti za tisti del vloženega temeljnega kapitala, ki se ne more uporabljati za kritje konkurenčnih dejavnosti.

(83) Kot dela nadomestila se lahko upoštevata le provizija za jamstvo (*Haftungsprovision*) in pribitek za trajnost (*Permanenzzuschlag*). Obratovalni davek, ki se večinoma sploh ne odvaja deželi Hessen, temveč občini, ni del nadomestila. Gre za zakonsko naloženo obremenitev, ki neodvisno od namena strank izhaja iz davčnega položaja.

(84) Nazadnje pa se donos ne izplačuje deželi Hessen, temveč se – po odbitku davka od kapitalskega donosa – „kot neto znesek odvaja v posebni sklad“. Ker je Helaba (edina

lastnica posebnega sklada, v resnici izplačuje sama sebi. Vlagatelj v tržnem gospodarstvu tega ne bi sprejel kot izravnavo za svojo naložbo.

2. PRIPOMBE DEŽELE SEVERNO PORENJE-VESTFALIJA IN WESTLB

(85) Nemčija je 30. oktobra 2003 posredovala odgovor na sklep Komisije o začetku preiskovalnega postopka z dne 13. novembra 2002, v katerem Severno Porenje-Vestfalija in NordLB izpodbijata trditev, da so sredstva, prenesena na deželne banke, primerljiva z osnovnim kapitalom. Vložki tihe družbe in tako imenovani perpetuali se namreč v Nemčiji priznavajo kot temeljni kapital že od leta 1991. Nadomestilo zato ne temelji na tem, kako organi za bančni nadzor razvrščajo naložbo, temveč na njenem profilu tveganja. Ker so sredstva v podrejenem položaju, je struktura tveganja bolj primerljiva z vložki tihe družbe ali tako imenovanimi perpetuali kot z naložbami v osnovni kapital.

(86) Kar zadeva izračun najmanjšega nadomestila za naložbo v osnovni kapital, se WestLB strinja z metodo CAPM. Vendar pa beta vrednosti, določene s strani BdB, ki so znatno večje od 1, niso primerne. Beta faktor, ki je večji od 1, namreč pomeni, da delnice podjetja predstavljajo večje tveganje kot celotni trg. Vendar je tveganje pri naložbi v deželno banko zaradi takratnega nespornega obstoja pomoči *Anstaltslast* in *Gewährträgerhaft* znatno manjše od tveganja na celotnem trgu.

(87) Poleg tega je v posebnem primeru deželnih bank napačno kot merilo uporabiti donos, pričakovan ob prenosu sredstev na deželne banke. Ta pristop je sicer načeloma v zvezi z merili za zasebne naložbe smiseln. V tem primeru pa to pomeni, da je podlaga donos, pričakovan leta 1991. Dejstvo, da vlagatelj leta 2003 prejme donos, kakršen je bil pričakovan leta 1991 in je veliko večji od dejansko doseženih donosov, je v nasprotju z vsakim gospodarskim stanjem. Zaradi trajne in sistematične uporabe stopnje donosa v višini približno 12 % so deželne banke neupravičeno v slabšem položaju v primerjavi z zasebno konkurenco.

(88) Kar zadeva odbitek zaradi manjkajoče likvidnosti prenesenih sredstev, sta WestLB in dežela Severno Porenje-Vestfalija mnenja, da se mora stopnja za netvegane državne obveznice v celoti odbiti od osnovne stopnje donosa. Deželne banke s prenosi sredstev niso pridobile likvidnosti. V gospodarskem smislu znižanje te stopnje zaradi prihranka pri davku ni opravičljivo, saj vrednotenje instrumentov na trgu kapitala ni odvisno od davčnega položaja.

Sicer bi se morala vrednost instrumenta na trgu kapitala razlikovati glede na davčni položaj.

- (89) Nazadnje pa se mora dejstvo, da manjkajoča likvidnost sredstev ne ogroža stanja likvidnosti, obravnavati kot znižanje tveganja – in s tem nadomestila. To se mora upoštevati z ustreznim odbitkom. Prav tako se mora opraviti odbitek zaradi tako imenovanega lastniškega učinka, saj vlagatelj, ki že ima svoj delež v podjetju, dodatne naložbe vrednoti drugače kot nov vlagatelj.

V. ODZIV NEMČIJE NA PRIPOMBE BDB

- (90) Po mnenju Nemčije združenju BdB ni uspelo pretvoriti vložka tihe družbe v naložbo v osnovni kapital, prav tako pa ni vzbudilo dvoma glede primernosti dogovorjenega in deželi Hessen izplačanega nadomestila. Torej tu ne gre za pomoč.
- (91) Nemčija pri izračunu nadomestila ne upravičuje posrednega izračuna nadomestila za dozdevno naložbo v osnovni kapital. Dežela Hessen že od vsega začetka prenaša na banko sredstva za pospeševanje gradnje stanovanj kot vložek tihe družbe. Pri tem gre za finančni instrument, opredeljen v smislu prava družb, davčnega prava in prava bančnega nadzorstva, ki se bistveno razlikuje od naložbe v osnovni kapital, ki dežele Hessen ni zanimala in je lastniki banke niti niso hoteli.
- (92) Združenje BdB zanemarja pomembno razliko med osnovnim kapitalom in vložki tihe družbe, sklicuje pa se na neobstoječe razlike med „običajnimi“ vložki tihe družbe in vložkom tihe družbe s strani dežele Hessen.
- (93) BdB predvsem trdi, da so tihe udeležbe časovno omejene in se lahko odpovedo in so torej v skladu z Baselskim odborom za bančni nadzor priznane kot temeljni kapital le do 15 % celotnega temeljnega kapitala kreditne institucije. Ker je vložek tihe družbe s strani dežele Hessen Helabi na razpolago brez časovne omejitve in ni pod mejo 15 % in torej ne predstavlja „običajnega“ vložka tihe družbe temveč funkcionalni osnovni kapital, merilo za izračun nadomestila ne smejo biti drugi vložki tihe družbe ali drugi inovativni instrumenti kapitala temveč naložbe v osnovni kapital.
- (94) Ta glavna trditev BdB je iz več razlogov napačna. Omejeno trajanje ali odpovedljivost v smislu prava družb ali bančnega nadzorstva ni obvezna in neizbežna značilnost tihih udeležb. Po drugi strani pa osnovni kapital ni nujno časovno neomejen ali neodpovedljiv. Po nemškem pravu družb se lahko namreč vse družbe ne glede na svojo pravno obliko ustanovijo za omejeno obdobje ali dogovorijo za odpovedljivost vloge, kar ni v nasprotju s priznanjem vložka kot temeljni kapital v skladu z nemškim pravom bančnega nadzorstva.
- (95) BdB napačno trdi tudi, da se meja 15 % za priznavanje kot temeljni kapital po mednarodnem pravu bančnega nadzorstva v skladu s „Sydneyjsko izjavo“ Baselskega odbora za bančni nadzor in na njej temelječo prakso nemškega nadzornega organa ne uporablja za trajne instrumente kapitala, ki se lahko odpovedo le na pobudo izdajatelja (in ne vlagatelja). Poleg tega praksa nemškega nadzornega organa zdaj temelji na domnevi, da je tudi vložek z obdobjem trajanja najmanj 30 let in izrecno neodpovedljivostjo vlagatelju na razpolago „trajno“ in zato ne pade pod mejo 15 %. Tudi to dokazuje, da razlika med vložki omejenega in neomejenega trajanja nikakor ni tako velika, kot trdi BdB. Zaradi tega, kar zadeva primerno nadomestilo, ni razloga ali opravičila za pretvorbo vložkov tihe družbe v osnovni kapital.
- (96) Le nekaj mesecev po primeru Helaba je *Deutsche Bank* sprejela „trajni“ vložek v obliki „perpetualov“ in sicer na trgu kapitala. V nasprotju s trditvijo BdB meja 15 % glede na časopisno poročilo o tej zadevi za ta vložek ne velja, saj ni prišlo do dogovora za povečanje obrestne mere v primeru, da banka ne uveljavlja pravice odpovedi, ki ji je bila dodeljena (ni klavzule „step-up“). Perpetuali v lasti *Deutsche Bank* nikakor niso izjema, saj so kasneje številne druge kreditne institucije sprejele „trajne“ vložke na trgu, za katere je Nemčija navedla primere. Nobena izdaja, katere obseg znaša ob velikem povpraševanju med 150 milijoni EUR in več kot 2 milijardami EUR, ne prinaša niti približno takšnega donosa kot osnovni kapital; nadomestilo se giblje med 110 in 290 odstotnimi točkami nad „Mid-Swaps“. Trg že leta 1999, kar zadeva nadomestilo, ni pripisoval odločilne pomembnosti niti razliki med instrumenti kapitala omejenega in neomejenega trajanja niti vprašanju, ali je iztržek od izdaje pod mejo 15 % ali ne.
- (97) Tudi selektivno uporabljena merila s strani BdB, ki naj bi po eni strani prikazala skupne značilnosti osnovnega kapitala in vložke tihe družbe s strani dežele Hessen ter po drugi

strani razlike med tem vložkom tihe družbe in „običajnim“ vložkom tihe družbe, niso prepričljiva. BdB po eni strani zanemarija obseg, v katerem je dopustno oblikovanje vložkov tihe družbe s sporazumom med strankami, po drugi strani pa značilnosti, ki so obvezne in neizbežne za razlikovanje med osnovnim kapitalom in vložkom tihe družbe.

velikosti vložkov tihe družbe, ki so jih kreditne institucije prejele na trgu kapitala v letih 1998/99 in jih še prejemajo. Ti dosegajo območje približno 1 milijarde EUR. V relativnem smislu se vsak vložek tihe družbe, tudi če presega mejo 15 %, prizna kot temeljni kapital, kadar izpolnjuje zahteve Baselskega odbora za bančni nadzor in je v skladu s prakso nemškega nadzornega organa, ki temelji na teh zahtevah.

- (98) Osnovni kapital se ne „obrestuje“, predstavlja pa zahtevo po izplačilu dividende, ki ni le odvisna od dobička temveč predvsem sorazmerna z dobičkom. Nadomestilo za vložek tihe družbe pa je le odvisno od dobička. Če so pri vložku tihe družbe predvidena doplačila ali ne, je predmet sporazuma med strankami in v nobenem primeru ne spada med značilnosti „običajne“ tihe udeležbe. Vendar je v skladu z [...] v smislu člena 10(4) KWG jasno predvidena druga obveznost doplačila v primeru izgub, značilna za vložke tihe družbe. Prednostna obveznost je napolnitev vložka do začetnega zneska iz bodočih dobičkov⁽¹⁴⁾.
- (99) Trditev, da se za zelo velike obsege lahko uporablja le osnovni kapital in ne „običajne“ tihe udeležbe, izpodbija red
- (100) Aktualen dokaz za možnost prekoračitve meje 15 % predstavlja finančni ukrep, ki ga je 2. decembra 2003 sprejela članica BdB, *Deutsche Bank*. Gre za prejem vložkov tihe družbe s strani zasebnih vlagateljev v skupnem znesku 300 milijonov EUR za neomejeno obdobje (tako imenovan *perpetual*).⁽¹⁵⁾ To znova ponazarja, kako likviden in transparenten je trg za vložke tihe družbe v primerih nemških bank, tudi kadar gre za večje obsege. Poleg tega z dogovorjenim pribitkom za jamstvo v višini 0,99 % ukrep predstavlja nadaljnji dokaz, da se je nadomestilo za jamstvo, dogovorjeno za vložke tihe družbe s strani dežele Hessen pri Helabi, izračunalo na način, ki je povezan s trgom in je z njim skladen.
- (101) Nemčija je kot odgovor na prošnjo Komisije za informacije predložila preglednico o razvoju vložkov tihe družbe in drugih hibridnih instrumentov temeljnega kapitala za izbrane velike banke v zasebnem sektorju med letoma 1998 in 2003. Po mnenju Nemčije je razvidno, da, in v kakšnem obsegu, so navedene institucije prejemale tudi hibridni temeljni kapital izven meje 15 %, določene s strani bančnega nadzorstva, saj njegov delež presega 15 % celotnega temeljnega kapitala (*):

	[Banka A]			[Banka B]			[Banka C]		
	Hibridni instr. temelj. kapitala (od tega vložki tihih družb) (v mio. EUR)	Temeljni kapital (v mio. EUR)	Delež temeljnega kapitala (%)	Hibridni instrumenti temeljnega kapitala (v mio. EUR)	Temeljni kapital (v mio. EUR)	Delež temeljnega kapitala (%)	Hibridni instrumenti temeljnega kapitala (v mio. EUR)	Temeljni kapital (v milijardah EUR)	Delež hibridnega temeljnega kapitala (%) (*)
1998	612 (612)	15 978	4 %	—	10 623	—	614	13,0	5 %
1999	3 096 (713)	17 338	18 %	1 495	12 908	12 %	1 937	14,6	13 %
2000	3 275 (768)	21 575	15 %	1 574	12 046	13 %	2 014	21,3	9 %

⁽¹⁴⁾ [...] se glasi: „[...]“

⁽¹⁵⁾ Glej *Börsenzeitung* z dne 7. novembra 2003 in *International Financial Review* z dne 22. novembra 2003.

(*) Imena navedenih velikih bank v zasebnem sektorju so zaupen podatek in so v razpredelnici označena z Banka A, Banka B in Banka C.

	[Banka A]			[Banka B]			[Banka C]		
	Hibridni instr. temeljn. kapitala (od tega vložki tihih družb) (v mio. EUR)	Temeljni kapital (v mio. EUR)	Delež temeljnega kapitala (%)	Hibridni instrumenti temeljnega kapitala (v mio. EUR)	Temeljni kapital (v mio. EUR)	Delež temeljnega kapitala (%)	Hibridni instrumenti temeljnega kapitala (v mio. EUR)	Temeljni kapital (v milijardah EUR)	Delež hibridnega temeljnega kapitala (%) (*)
2001	3 404 (811)	24 803	14 %	1 923	11 542	17 %	3 650	21,7	17 %
2002	2 973 (686)	22 742	13 %	1 732	8 572	20 %	4 164	19,1	22 %
2003	3 859 (**) (572)	21 618	18 %	1 561	7 339	21 %	4 076	14,4	28 %

(*) izhajajoč iz popolnega vračunanja temeljnega kapitala

(**) vključno s kumulativnimi prednostnimi delnicami po razdružitvi družb za fiduciarne posle

(102) V nasprotju s trditvijo BdB bi se tako vložek tihe družbe s strani dežele Hessen kot vložki tihe družbe, prejeti na trgu kapitala, v primeru insolventnosti vrnilo pred osnovnim kapitalom, t.j. prednostno glede na osnovni kapital. V nasprotju z njegovo trditvijo bi dežela Hessen ali vlagatelj drugega vložka tihe družbe v primeru insolventnosti prejel delež povračila, medtem ko lastnik ne bi prejel ničesar, kar ima za posledico manjše tveganje glede na osnovni kapital.

organizacije banki ni dopustila sprejema neznačilnega tihega družbenika. Ob odsotnosti partnerstva so torej tudi finančni organi priznali nadomestilo, ki se izplačuje deželi Hessen, za odbitno postavko.

(103) Tiha družba se bistveno razlikuje od osnovnega kapitala, saj tihi družbenik ni udeležen pri sredstvih podjetja in tudi nima glasovalnih pravic. Tu se BdB v svoji analizi moti in za to zahteva nadomestilo. Trg tega mnenja ne upošteva.

(105) Tudi bilančna obravnava je drugačna. Osnovni kapital se streže iz bilančnega dobička (presežek aktivnih postavk nad pasivnimi postavkami) z odločitvijo skupščine. V primeru vložka tihe družbe s strani dežele Hessen pa nadomestilo zmanjšuje izid poslovanja banke z bremenitvijo presežka obresti (nadomestilo je del izdatkov za obresti) in ne predstavlja uporabe dobička in zato ne zahteva sklepa družbenikov. Ta obvezna bilančna obravnava vložka tihe družbe bremeni razmerje med stroški in prihodki banke in bilančno donosnost lastnega kapitala.

(104) Dvomi BdB, da je nadomestilo odbitna postavka, so neutemeljeni. Dežela Hessen ni prevzela niti podjetniškega tveganja niti podjetniške pobude, ki sta potrebna za oblikovanje partnerstva. Tako kot drugi značilni tihi družbeniki torej v skladu s sporazumom o ustanovitvi tihe družbe sodeluje le pri tekočem dobičku in izgubi Helabe, ne pa tudi pri njenih skritih rezervah, poslovni vrednosti in večanju vrednosti poslovnih sredstev. Ob koncu tihe družbe se mu povrne zgolj njegov vložek. Dežela Hessen ni prejela možnosti za uveljavljanje pravic družbe, ki so v skladu s pravicami glasovanja, nadzora in ugovora komanditista ali pravic nadzora družbenika po členu 716(1) Civilnega zakonika (BGB). Poleg tega državna pogodba med deželama Hessen in Turingija o ustanovitvi skupne hranilniške

(106) V nasprotju s trditvijo BdB bi vlagatelj v tržnem gospodarstvu sprejel omejitve davčne osnove za izračun njegovega nadomestila na tisti del, ki se dejansko uporablja za širjenje dejavnosti, za presežni del pa ne bi zahteval nadomestila 0,3 % v skladu z Odločbo Komisije glede WestLB. Zaradi omejene potrebe Helabe, priglašene že od vsega začetka, ne bi mogel noben drug vlagatelj doseči boljšega rezultata pogajanj kot dežela Hessen.

(107) Kar zadeva obseg primerne nadomestila, je trditev BdB napačna že v osnovi. Merilo so lahko le nadomestila,

dogovorjena v zadevnem obdobju na trgu za primerljive vložke tihe družbe v kreditne institucije. Razlike v obliki različnih vložkov tihe družbe ter kakovosti kreditnih institucij, ki vložke prejemajo, se morajo upoštevati pri primerjavi nadomestil s pribitki ali odbitki na taka nadomestila in ne na nadomestilo za domnevno naložbo v osnovni kapital.

(108) Neodvisno od tega je napačna tudi določitev donosa na naložbe v osnovni kapital s strani BdB. Pri določanju beta vrednosti se deželne banke ne smejo enačiti s tako imenovanimi kreditnimi bankami z nadpovprečnim sistematičnim tveganjem. Primerno merilo mora biti jasno opredeljena skupina bank, ki kotirajo na borzi, tako imenovane banke CDAX. Velik delež bilančne vsote Helabe so lokalne, medbančne in hipotekarne terjatve z nizkim tveganjem. V okviru objektivne ocene podjetij je neodvisni strokovnjak dne 1. januarja 1999 za sedem kreditnih institucij s primerljivo strukturo tveganja v smislu poslovnega tveganja, poslovne dejavnosti, strukture strank in velikosti podjetja določil povprečni beta faktor [...], torej občutno pod 1. Strokovnjak je izhajal iz dolgoročnega tržnega donosa 5,0 % in dolgoročne netvegane obrestne mere 6,0 %. Stroški lastnega kapitala so torej 1. januarja 1999 [...] %. Trditev BdB glede donosa na lastni kapital v višini 11,66 % dne 31. decembra 1998 za Helabo temelji na prekomernem beta faktorju in hkrati na preteklih, ne več aktualnih podatkih. Raven obrestnih mer se je v zadnjih desetletjih občutno spremenila in ugotovitve BdB glede inflacije in pričakovane inflacije v tej zvezi niso razumljive.

(109) Poleg tega se dogovorjeno nadomestilo za obdobje trajanja vložka tihe družbe lahko primerja le s spremenljivo stopnjo zadevnega donosa na osnovni kapital in ne, na primer, z donosom na osnovni kapital podjetja v času naložbe. Nihče ne bi lastniku banke zagotovil donosa na lastni kapital na stopnji, obstoječi ob koncu leta 1998, in ga s tem zaščitil pred tveganjem nihanja donosa.

(110) Ugotovitve BdB glede obsega odbitka stroškov refinanciranja niso razumljive. Iz neto stroškov refinanciranja se lahko izhaja le v primeru, če se od primerljivih nadomestil, ki jih kreditne institucije izplačujejo za prejete primerljive vložke tihe družbe na trgu kapitala, odbija teoretična ali dejanska davčna stopnja takih institucij. Vendar se za vložke, prejete na trgu kapitala, ponavadi ne navede celotno nadomestilo, temveč le pribitek na nadomestilo, ki je v primeru spremenljivo obrestovanih instrumentov in v primeru nelikvidnih vložkov enak nadomestilu za jamstvo. Primerjava med nadomestilom za vložek tihe družbe s strani dežele Hessen in nadomestili, izplačanimi na trgu, se lahko

torej naredi neposredno. Posredna uporaba dozdevnega celotnega nadomestila za dozdevno denarno vlogo, od katere se morajo odbiti stroški refinanciranja, je nepotrebna in večkratno poveča negotovost kvantitativnega vrednotenja, saj se morajo potem ocene upoštevati na več stopnjah.

(111) V nasprotju s trditvijo BdB pribitki na nadomestilo niso upravičeni. Ni empirično dokazano, da se za posebej velik vložek na trgu izplačuje pribitek. Primerljivi sprejemi kapitala kreditnih institucij ne kažejo na povezavo med zneskom in nadomestilom. Dežela Hessen je morala sprejeti dogovorjen stopenjski model, saj Helaba na začetku ni mogla uporabiti nerazdeljenega posebnega sklada. Na trgu ne bi nobenemu vlagatelju uspel takojšen prejem, ne samo nadomestila za celoten znesek, temveč tudi pribitka.

(112) Poleg tega se misel, da se mora v primeru naložb v osnovni kapital odpoved glasovalnim pravicam izravnati z dodatnim nadomestilom, ne more prenesti na tiho udeležbo. Tihi družbenik po zakonu nima glasovalne pravice in trg ne dodeljuje nadomestil za „odpoved“ tihega družbenika možnostim vpliva.

(113) Načeloma sicer drži, da se na trgu vlagatelj strinja z nezadostno tržnostjo svoje vloge v zameno za večji donos. Nezadostnost tržnosti vložka tihe družbe s strani dežele Hessen v primerjavi s pravicami za udeležbo pri dobičku se je dejansko upoštevala v razpravah pred prenosom. Stranke so upoštevale tudi trajnost vložka s pribitkom na nadomestilo v višini 0,20 % letno. Zasebni vlagatelj pa bi upošteval dejstvo, da se v tem primeru ni iskala vloga denarja temveč velikega nerazdeljivega posebnega sklada za posebne namene, ki se lahko vložijo kot nelikvidni vložek. Ker BdB navaja, da trg za tako naložbo praktično ne obstaja, to ne velja le za ponovno vlogo (tržnost) temveč tudi za prvotno naložbo. Ni verjetno, da bi zasebni vlagatelj ob upoštevanju tega zahteval ali prejemal celo večji pribitek kot 0,2 % letno, dogovorjen zaradi trajnosti. BdB tega tudi ne pojasnjuje ali utemeljuje podrobneje.

(114) Nazadnje pa se mora pri tržni primerjavi v nasprotju s trditvijo BdB upoštevati učinek obratovalnega davka. Vložki tihe družbe v kreditne institucije ponavadi ponujajo institucionalni vlagatelji, ki morajo sami plačevati obratovalni davek od prejetega nadomestila. Dežela Hessen pa je oproščena obratovalnega davka in bo torej zadovoljna z ustreznim manjšim nadomestilom. Nasprotni učinek oprostitve dežele Hessen je zavezanost banke, ki mora torej

plačevati obratovalni davek. Ali se plačuje deželi Hessen ali občini, ni pomembno, prav tako pa ni pomembno dejstvo, da se obratovalni davek odmerja na podlagi obdavčljivega prihodka (ponavadi obdavčljivega prihodka prejemnika nadomestila, v tem primeru pa banke), dokler banka dejansko beleži prihodek. Če pa slednja utrpi izgube, preneha plačevati tako obratovalni davek kot nadomestilo za vložek.

(115) V nasprotju s trditvijo BdB Helaba tudi ne izplačuje nadomestila sama sebi. V skladu z odločitvijo dežele Hessen se donos na vlogo posebnega sklada, ki ostaja po obdavčitvi, ne izteka v splošni proračun, temveč je prav tako na voljo za posebne namene in se mora uporabljati za krepitev dejavnosti za pospeševanje. To je vprašanje uporabe sredstev, ki jih Helaba izplačuje Hessnu.

VI. PRESOJA UKREPA

1. DRŽAVNA POMOČ V SMISLU ČLENA 87(1) POGODBE ES

(116) Po členu 87(1) Pogodbe ES, če v tej pogodbi ni določeno drugače, državne ali iz državnih sredstev dodeljene pomoči, ki koristijo določenim podjetjem in proizvodnji določenega blaga in s tem izkrivljajo konkurenco ali predstavljajo grožnjo, niso skladne s skupnim trgovino, če ovirajo trgovino med državami članicami.

1.1. DRŽAVNA SREDSTVA

(117) Z vložkom tihe družbe se je dežela Hessen odločila za metodo vloge sredstev, ki temelji na konceptu prenosa javnih sredstev za pospeševanje na Helabo, da bi se okrepil obseg lastnega kapitala banke in dosegel dodaten prihodek dežele Hessen. Ne glede na dejstvo, da so bila povračila iz teh terjatev še vedno na razpolago za sredstva za pospeševanje in so torej služila za splošnokoristne namene, so bila sredstva priznana s strani nadzorstva in so se torej lahko uporabljala za namene jamstva Helabe, ki je tekmovala z drugimi kreditnimi institucijami. Na Helabo so se torej prenesla državna sredstva.

1.2. POMOČ DOLOČENEMU PODJETJU

(118) Komisija pri preverjanju, ali prenos državnih sredstev na podjetje v javni lasti temu podjetju koristi in s tem lahko predstavlja državno pomoč v smislu člena 87(1) Pogodbe ES, uporablja „načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu“. To

načelo sta Sodišče Evropskih skupnosti in Sodišče prve stopnje sprejeli in razvijali v številnih primerih, zlasti v sodbi v primeru WestLB, ki je pomembna za zadevni primer ⁽¹⁶⁾.

a) Načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu

(119) Glede na to načelo ne gre za pomoč podjetju, kadar so sredstva na razpolago pod „pogoji, pod katerimi bi bil zasebni vlagatelj, ki deluje v običajnih pogojih v tržnem gospodarstvu, pripravljen zagotoviti sredstva zasebnemu podjetju“ ⁽¹⁷⁾. Nasprotno pa gre za pomoč v smislu člena 87 (1) Pogodbe ES, kadar sta predvideno nadomestilo in/ali finančni položaj podjetja taka, da se običajni donos na naložbo ne more pričakovati v primernem roku.

(120) Načelo vlagatelja v tržnem gospodarstvu se na enak način uporablja za vsa javna podjetja in sicer ne glede na to, ali so donosna ali poslujejo z izgubo. To stališče Komisije je potrdilo Sodišče prve stopnje v sodbi v primeru WestLB ⁽¹⁸⁾.

(121) Temeljno vprašanje v zadevni preiskavi je torej, ali bi vlagatelj v tržnem gospodarstvu kapital, ki ima enake značilnosti kot sredstva dežele Hessen za pospeševanje, vložil pri Helabi pod enakimi pogoji, zlasti glede na predviden donos na naložbo.

b) Pravna in gospodarska klasifikacija vloženega kapitala

(122) Dežela Hessen je do 31. decembra 1998 pri Helabi v obliki vložka tihe družbe vložila sredstva za pospeševanje z nominalnim portfeljem posojil za delež Hessna v višini 6,026 milijarde DEM (3,081 milijarde EUR) in strokovno ocenjeno denarno vrednostjo 2,473 milijarde DEM (1,264 milijarde EUR). BAKred jih je, kot je navedeno zgoraj, v okviru nadzorstva v celoti priznal kot temeljni kapital. Le v majhnem obsegu so bila sredstva z letno spreminjajočim se zneskom potrebna za kritje dejavnosti za pospeševanje. Ta del vložka tihe družbe, vključen v bilanci stanja, je Helaba uporabljala le za funkcijo jamstva. Večino preostanka je imela Helaba na razpolago za kritje in širjenje konkurenčnih dejavnosti.

(123) Kot v primeru WestLB Komisija določa primerno nadomestilo za prenesena sredstva za pospeševanje glede na njihovo poslovno uporabnost za Helabo. Kot je navedeno

⁽¹⁶⁾ Sodba v združenih zadevah T-228/99 in T-233/99.

⁽¹⁷⁾ Sporočilo Komisije državam članicam o uporabi členov 92 in 93 Pogodbe ES in člena 5 Direktive Komisije 80/723/EGS o javnih podjetjih v predelovalni industriji (UL C 307, 13.11.1993, str. 3, glej točko 11). V tem sporočilu gre sicer izključno za predelovalno industrijo, vendar se lahko načelo nedvomno na enak način uporablja v drugih gospodarskih panogah. Kar zadeva finančne storitve, je bilo to potrjeno s številnimi odločbami Komisije, na primer v primerih Crédit Lyonnais (UL L 221, 8.8.1998, str. 28) in GAN (UL L 78, 16.3.1998, str. 1).

⁽¹⁸⁾ Sodba v zadevi WestLB, odstavek 206 in dalje.

- zgoraj, je izhodišče za določitev običajnega tržnega nadomestila v prvi vrsti nadomestilo, ki bi ga zahteval vlagatelj v tržnem gospodarstvu, ki banki zagotavlja lastni kapital v tej obliki.
- (124) Pritožnik pri tem navaja, da gre pri kapitalu, ki ga ima na razpolago Helaba, tako kot v primeru prenosa sredstev WfA na WestLB, za naložbo, ki je podobna osnovnemu kapitalu. Nemčija izpodbija njegovo podobnost z osnovnim kapitalom. Kapital je prej vložek tihe družbe, kar vpliva na višino nadomestila.
- (125) Nemčija, Helaba in pritožnik se strinjajo, da sredstva za pospeševanje v okviru vložka tihe družbe s strani dežele Hessen predstavljajo temeljni kapital. Rezervo za posebne namene je BAKred priznal kot temeljni kapital (kapital „razred 1“) in se torej lahko primerja le s takimi instrumenti lastnega kapitala, ki so bili v Nemčiji priznani kot temeljni kapital v letu prenosa in jih je imela Helaba na razpolago v času vloge konkretno za naložbo tega reda velikosti, ki je predstavljala znatno več kot 15 % temeljnega kapitala.
- (126) Komisija se v tej točki strinja z udeleženci v postopku. Že v Odločbi glede primera WestLB iz leta 1999 je pojasnila, da primerjava sredstev WfA, ki so prav tako priznana kot temeljni kapital, in instrumentov lastnega kapitala, ki se lahko uporabljajo le kot dodatni kapital, kot so potrdila o udeležbi pri dobičku in neglasovalne prednostne delnice, ne more služiti kot podlaga za določitev primernega nadomestila za prenesen kapital (Odločba 2000/392/ES, odstavek 199). Temeljni kapital je podjetju v večjo korist, saj si slednje lahko z njim priskrbi dodatna lastna sredstva (kot na primer potrdila o udeležbi pri dobičku) do enakega obsega z namenom povečanja lastnega kapitala. Da se razpoložljiv kapital prizna kot temeljni kapital, je potrebna večja izpostavljenost tveganju, ki se načeloma izraža tudi v večjem tržnem nadomestilu za take instrumente. Primerljivost s tako imenovanimi dodatnimi sredstvi, ki se lahko le v omejenem obsegu uporabljajo za širjenje dejavnosti, se torej lahko izključi že na začetku.
- (127) Po mnenju BdB pa je bila edina primerna pravna oblika, ki jo je imela Helaba na razpolago za konkretno naložbo, osnovni kapital. Nemčija meni, da je bila na razpolago še ena pravna oblika in sicer vložek tihe družbe za neomejeno obdobje (perpetual), ki izpolnjuje zahteve iz člena 10(4) KWG in hkrati merila iz „Sydneyjske izjave“ Odbora za bančni nadzor Banke za mednarodne poravnave v Baslu, ki so podlaga za odločitve nemškega organa za bančni nadzor BAKred. Predmet dogovora med deželo Hessen in Helabo je bila zato pravna oblika vloge tihe družbe za neomejeno obdobje, ki je bila kot taka priznana tako s strani pristojnega organa za bančni nadzor BAKred kot tudi pristojnega davčnega organa.
- (128) Po mnenju Komisije je Nemčija uspešno dokazala, da trditev BdB ni prepričljiva. BdB trdi, da vložek tihe družbe s strani dežele Hessen predstavlja formalno zlorabo „običajnega“ vložka tihe družbe. V gospodarskem smislu ima vložek tihe družbe toliko skupnega z osnovnim kapitalom, da bi vlagatelj zahteval plačilo obresti, ki ustreza nadomestilu za osnovni kapital.
- (129) Komisija najprej navaja, da je bil vložek tihe družbe izrecno dogovorjen kot tak med deželo Hessen in Helabo ter priznan kot tak s strani pristojnih nemških organov. Da bi se lahko domnevala zloraba oblike, bi moralo nedvomno držati, da so pristojni nemški organi napačno priznali vložek tihe družbe s strani dežele Hessen kot takega. Vendar dokaza za to ni. Komisija se v tej točki strinja z mnenjem Nemčije, da omejeno trajanje ali odpovedljivost v smislu tako podjetniškega prava kot bančnega nadzorstva ni obvezna značilnost za priznanje vložka tihe družbe kot temeljni kapital skladno s členom 10(4) KWG. Poleg tega Komisija razlaga „Sydneyjsko izjavo“ Baselskega odbora za bančni nadzor iz oktobra 1998 kot tako, ki nalaga zgolj mejo 15 % za priznavanje določenih, zlasti časovno omejenih inovativnih instrumentov kot temeljni kapital. Vendar po drugi strani ne gre sklepati, da se trajni inovativni instrumenti pod nobenim pogojem ne morejo priznati kot temeljni kapital ali pasti pod navedeno mejo. Poleg tega o uporabnosti trajnih inovativnih instrumentov kapitala kot temeljni kapital nad mejo 15 % govori tudi praksa zasebnih bank v preteklih letih, kakor je uspešno dokazala Nemčija.
- (130) Tudi selektivno uporabljena merila s strani BdB se Komisiji ne zdijo dovolj prepričljiva. Z vidika analize tveganja je vložek tihe družbe tipološko bolj podoben „običajnemu“ vložku tihe družbe kot osnovnemu kapitalu. Komisija se tudi tu strinja z ugotovitvami Nemčije.
- (131) Za Komisijo je v tej zvezi bistveno, da se morata tako vložek tihe družbe s strani dežele Hessen kot drugi „običajni“, t.j. omejeni vložki tihe družbe, prejeti na trgu kapitala, v primeru insolventnosti vrniti pred osnovnim kapitalom in da torej vlagatelj prejme delež povračila, medtem ko v primeru osnovnega kapitala ne dobi ničesar. Nemčija je s predložitvijo pravnega mnenja pojasnila, da se bo v skladu s pogodbenimi določbami vložek tihe družbe s strani dežele Hessen v času njenega obstoja v primeru insolventnosti ali likvidacije, če se ni zmanjšala ali porabila zaradi izgub, kril prednostno pred osnovnim kapitalom iz morebitnih preostalih sredstev.
- (132) Poleg tega dobila tako dežela Hessen kot vlagatelj omejenega vložka tihe družbe, če podjetje ne posluje

z izgubo, celotno dogovorjeno nadomestilo, medtem ko lahko vlagatelj v osnovni kapital terja le izplačilo dividende, sorazmerne z dobičkom. Tudi v tej zvezi je vložek tihe družbe s strani dežele Hessen običajni vložek tihe družbe v smislu člena 10(4) KWG.

- (133) Prepričljiv ni niti ugovor BdB, da je vložek tihe družbe enak osnovnemu kapitalu že zato, ker je dolgoročno gledano temeljni kapital Helabe povečal za skoraj 50 %. Tu je treba najprej opozoriti na postopno ureditev, za katero sta se dogovorili dežela Hessen in Helaba in po kateri je Helaba v obdobju med 1999 in 2002 skladno s svojo dejansko potrebo po kapitalu lahko uporabljala za temeljne dejavnosti le letno naraščajoči delni znesek razpoložljivega temeljnega kapitala. Poleg tega Komisija v tej zvezi izrecno opozarja na dejstvo, da je tudi v primeru WestLB velik obseg vloženega kapitala pokazatelj, ni pa sam po sebi odločilen pri domnevi o podobnosti osnovnemu kapitalu. Komisija je v Odločbi glede WestLB 2000/392/ES in ponovni Odločbi z dne 20. oktobra 2004 na podlagi celovite ocene ugotovila, da je podobnost obravnavane transakcije z naložbo v osnovni kapital prevladujoča. Tam je bil bistven dejavnik, na primer, dejstvo, da so bila sredstva WfA tako kot osnovni kapital povsem izpostavljena tveganju izgube v primeru insolventnosti ali likvidacije. Poleg tega je Komisija v primeru WestLB upoštevala tudi dejstvo, da v času prenosa sredstev WfA leta 1991 – drugače kot v času prenosa vložka tihe družbe s strani dežele Hessen na Helabo leta 1998 – v Nemčiji še ni bil razvit trg za hibridne instrumente temeljnega kapitala in bi kreditna institucija, kot je WestLB, lahko sprejela primerljiv obseg temeljnega kapitala na trgu le v obliki osnovnega kapitala. V zadevnem primeru bi lahko Helaba zlahka zadovoljila svojo predvideno potrebo po kapitalu na trgu v obdobju med 1998 in 2002 tudi s prejemom več časovno porazdeljenih manjših vložkov tihe družbe s strani različnih institucionalnih vlagateljev.

- (134) BdB tudi poudarja, da je z vložkom tihe družbe s strani dežele Hessen rezerva osnovnega kapitala Helabe znašala le še 50 %, medtem ko je v primeru zasebnih kreditnih institucij delež hibridnih instrumentov pri temeljnem kapitalu pod 20 % in tako znaša rezerva osnovnega kapitala več kot 80 %. Institucionalni vlagatelj se po navedbah BdB ob upoštevanju velikega deleža pri celotnem temeljnem kapitalu Helabe ne bi strinjal s primerljivo vlogo. Nemčija je potrdila, da je delež vložka tihe družbe pri temeljnem kapitalu leta 2003, torej po zadnji stopnji stopenjskega modela, znašal [...] %, delež vseh vložkov tihe

družbe (t.j. ne samo vložka tihe družbe s strani Hessna) pa leta 2003 [...] %. Vendar po mnenju Komisije to ne pomeni zagotovo, da institucionalni vlagatelj zaradi velikega deleža pri celotnem lastnem kapitalu ne bi opravil primerljivega vložka tihe družbe. Nemčija je poudarila, da deželne banke običajno v večji meri uporabljajo vložke tihe družbe izven meje 15 % kot instrumente za pridobivanje temeljnega kapitala in sicer večinoma iz kroga svojih garantov, a tudi od tretjih vlagateljev. Po navedbah Nemčije je tako leta 2003 delež vložkov tihe družbe pri [...] ⁽ⁱ⁾ znašal 72 %, pri [...] ⁽ⁱⁱ⁾ 39 %, pri [...] ⁽ⁱⁱⁱ⁾ 33 %, pri [...] ^(iv) 39 % in pri [...] ^(v) 42 % ⁽¹⁹⁾. Razlogi za ta velik delež hibridnih instrumentov so povezani z dejstvom, da deželne banke zaradi svoje javne strukture ne smejo sprejemati kapitala na delniških trgih. Poleg tega se zdi, da so vlagatelji pri deželnih bankah prej pripravljene sprejeti manjšo rezervo osnovnega kapitala, saj je kapital zaradi drugačnega poslovnega profila in s tem povezane manjše strukture tveganja institucij izpostavljen skupno manjšemu tveganju. Vsaj v primeru Helabe, ki se mora tudi v skupini zgoraj navedenih deželnih bank obravnavati kot kreditna institucija z razmeroma nizkim tveganjem, Komisija torej ne more izključiti možnosti, da bi kljub rezervi osnovnega kapitala v višini (le) približno 50 % institucionalni vlagatelj izpeljal primerljivo naložbo v obliki vložka tihe družbe pri Helabi.

- (135) Komisija je tudi podrobno preučila, v kakšni meri trajnost vložka, torej dejstvo, da je časovno neomejena in za deželo Hessen neodpovedljiva, vpliva na zadevno analizo tveganja.
- (136) BdB tu navaja, da na trgu kapitala ne obstajajo časovno neomejeni hibridni instrumenti. Institucionalni vlagatelji so načeloma pripravljene pridobiti le hibridne instrumente lastnega kapitala z določenim trajanjem ali instrumente, za katere se lahko domneva vračilo, ker je obrestna mera izplačila večja (t.i. step-up) ali pa se instrument v določenem obdobju preoblikuje v drugo obliko vloge. Klavzule step-up predstavljajo dolžniku (izdajatelju) močno gospodarsko spodbudo za vračilo vložka tihe družbe. Klavzula step-up torej perpetual dejansko spremeni v instrument za določeno obdobje. Poleg tega je vloga inovativnih instrumentov temeljnega kapitala značilna le za zasebne vlagatelje.

- (137) Nemčija in Helaba temu ugovarjata, saj morajo vlagatelji tudi v primeru perpetualov ob klavzulah „step-up“ računati s tem, da v nasprotju z morebitnimi pričakovanji v času

⁽ⁱ⁾ Zaupen podatek, tu označeno kot Banka I

⁽ⁱⁱ⁾ Zaupen podatek, tu označeno kot Banka II.

⁽ⁱⁱⁱ⁾ Zaupen podatek, tu označeno kot Banka III.

^(iv) Zaupen podatek, tu označeno kot Banka IV.

^(v) Zaupen podatek, tu označeno kot Banka V

⁽¹⁹⁾ Sporočilo nemške zvezne vlade z dne 1. oktobra 2004, str. 16.

začetka veljavnosti klavzul step-up ni „pravočasnega“ vračila in da obstaja tveganje trajnosti. Razlog za to je v prvi vrsti dejstvo, da je „pravica odpovedi“ izključno na strani dolžnika (izdajatelja), kot drugo je gospodarski položaj izdajatelja v času začetka veljavnosti klavzule step-up odločilen za pravočasno vračilo, kot tretje pa mora nadzorni organ odpovedi odobriti, kar stori le v primeru, da ima dolžnik v času odpovedi zadovoljiv obseg priznanega lastnega kapitala ali opravi nadomestno transakcijo na trgu. Poleg tega primeri kažejo, da tudi institucionalni vlagatelji vlagajo hibridne instrumente za neomejeno obdobje in brez klavzul step-up, pri čemer Nemčija navaja primer podrejenega in časovno neomejenega posojila Air Canada iz leta 1987, pri katerem, kot je potrdila Komisija, dejansko ne gre za ureditev step-up. Nemčija tudi navaja, da kljub upoštevanju obstoja pravic odpovedi pri cenah razpon nadomestila ni velik.

(138) Za Komisijo je v obravnavanem primeru ključno predvsem dejstvo, da tu trajnost vložka vključuje predvsem tveganje vlagatelja, da ne bo mogel pridobiti s povečanju obrestne mere na trgu, saj po eni strani nima možnosti odpovedi, po drugi pa se ne more zanesti na „step-up“. Vendar trajnost ne vključuje tveganja izgube v primeru insolventnosti ali likvidacije. Komisija ob upoštevanju navedenega in s strani Nemčije opisanega trga meni, da tudi neomejeno trajanje vložka tu ne opravičuje preimenovanja „vložka tihe družbe“ v „osnovni kapital“. Kasneje pa bo podrobno preučila, ali trajnost upravičuje pribitek na običajno tržno nadomestilo za vložek tihe družbe.

(139) Zaključiti je torej treba, da je bila v primeru Helabe vloga nedvomno opravljena v pravni obliki vložka tihe družbe, ki ima veliko več skupnega z drugimi vložki tihe družbe kot z osnovnim kapitalom. Po mnenju Komisije zato ni zadostnih dokazov za zlorabo pravne oblike vložka tihe družbe za vlogo kapitala, ki v resnici v gospodarskem smislu predstavlja osnovni kapital. Izhodišče za nadomestilo zadevnega instrumenta kapitala so torej „običajni“, t. j. časovno omejeni vložki tihe družbe obsega, ki je značilen za vloge, razvidne na trgu, nadomestilu katerih se mora morda prišteti pribitek. Ugotovitve BdB glede primerne nadomestila za osnovni kapital torej niso več pomembne.

c) **Določanje kapitalske osnove, pomembne za izračun nadomestila**

Pomembnost kapitalske osnove

(140) Komisija pri določanju kapitalske osnove, ki se mora nadomestiti, najprej razlikuje med tako imenovano funkcijo širjenja dejavnosti in (samo) funkcijo jamstva sredstev za pospeševanje, ki so na razpolago kot lastni kapital za poslovne dejavnosti kreditne institucije.

(141) Funkcija širjenja dejavnosti kapitala se nanaša na širjenje poslovnega potenciala s tveganimi sredstvi po priznanju dodatnega lastnega kapitala banke s strani nadzorstva. V tej zvezi je izhodišče za določitev običajnega tržnega nadomestila nadomestilo, ki bi ga v konkretnih okoliščinah zahteval zasebni vlagatelj, ki banki zagotavlja lastni kapital. Če je razpoložljiv kapital v bilanci stanja sicer vknjižen kot lastni kapital, a ni priznan s strani nadzorstva kot lastni kapital ali se uporablja za kritje dejavnosti za pospeševanje ali se iz drugih razlogov ne more uporabljati za kritje konkurenčnih dejavnosti, ni na razpolago za širjenje dejavnosti. Kapital pa ni pomemben zgolj zaradi bančnega nadzorstva. Ker je garantom kreditne institucije na razpolago vsaj za namene jamstva (t.i. funkcija jamstva), se lahko njegova gospodarska funkcija vseeno primerja s funkcijo jamstva ali garancije. Obseg lastnega kapitala, vknjiženega v bilanci stanja, bančnim posojilodajalcem potrjuje kreditno sposobnost banke in lahko s tem vpliva na pogoje, pod katerimi banka lahko prejema tuj kapital. Običajno tržno nadomestilo za tako imenovano funkcijo jamstva kapitala se izračuna na podlagi nadomestila, ki bi ga zasebni garant v konkretnih okoliščinah zahteval od kreditne institucije, primerljive s Helabo, kar zadeva njeno velikost in strategijo tveganja.

(142) Za izračun nadomestila se mora zato vložek tihe družbe, v celoti priznan kot temeljni kapital s strani nadzorstva, razdeliti na dve različni kapitalski osnovi. Kapitalska osnova, ki je bila na razpolago za kritje konkurenčnih dejavnosti Helabe, se mora nadomestiti tako, kot bi vlagatelj v tržnem gospodarstvu razumno zahteval v konkretnih okoliščinah za vložek tihe družbe z enakimi značilnostmi. Kapitalska osnova, ki ni bila na razpolago za kritje konkurenčnih dejavnosti Helabe, se mora nadomestiti tako, kot bi vlagatelj v tržnem gospodarstvu razumno zahteval v konkretnih okoliščinah.

Kapitalska osnova, ki je bila na razpolago za kritje konkurenčnih dejavnosti Helabe

(143) Komisija je načeloma mnenja, da se pri določanju primerne nadomestila ne more upoštevati obseg, v katerem je bil razpoložljiv kapital dejansko uporabljen. Pomembna je le možnost uporabe kapitala za širjenje dejavnosti. Tudi zasebni vlagatelj ne bi bil zadovoljen z nadomestilom, odvisnim od uporabe kapitala. Komisija se v tej točki načeloma strinja s trditvijo BdB, da vlagatelju v tržnem gospodarstvu, ki tvega izgubo svoje vloge, ni pomembno, ali kreditna institucija dejansko uporablja vloženi kapital za širjenje svojih dejavnosti. BdB načeloma pravilno ugotavlja, da je vlagatelju v tržnem gospodarstvu pomembno le, da on sam z vložnim zneskom ne more več gospodariti in s tem doseči ustreznega donosa. To se lahko ponazori s primerom najetega stanovanja: Najemo-

dajalec vztraja pri plačilu najemnine tudi takrat, ko najemnik iz kakršnih koli razlogov v stanovanju ne živi, saj si s tem, ko odda stanovanje v najem, odpove možnosti, da bi ga dal v najem komu drugemu, in v nobenem primeru nima nadzora nad tem, kje najemnik dejansko biva. Predmet najemne pogodbe je torej uporabnost stanovanja.

(144) Komisija najprej navaja, da kapitalska osnova, ki se mora nadomestiti po dogovoru in je bila Helabi na razpolago za širjenje konkurenčnih dejavnosti, ni odvisna od dejanske uporabe, temveč temelji le na uporabnosti za kritje konkurenčnih dejavnosti. Ureditev je torej v skladu s pravkar navedenimi merili Komisije.

(145) Dežela Hessen in Helaba pa sta se dogovorili za tako imenovani stopenjski model, opisan zgoraj. Po tem modelu je bila sicer denarna vrednost celotnih sredstev za pospeševanje v bilanci stanja vknjižena že 31. decembra 1998, da sredstev ni bilo potrebno deliti. Ta so bila tako od vsega začetka večinoma, t.j. z izjemo dela, potrebnega za kritje dejavnosti za pospeševanje, dejansko na razpolago za kritje konkurenčnih dejavnosti Helabe. Vendar je Helaba deželi Hessen že na začetku pojasnila, da v skladu s svojim poslovnim načrtom potrebuje sredstva za kritje konkurenčnih dejavnosti le postopno, t.j. skladno z naposled dogovorjenimi stopnjami. Med stopnjami pa je bila ključna uporabnost kapitala, t.j. nadomestilo ni bilo odvisno od dejanske uporabe. Na podlagi tega jasnega načrta uporabe je bila kapitalska osnova, ki se mora nadomestiti, za Hessen že od vsega začetka povsem predvidljiva. Dežela Hessen uporabe tako ni prepustila poslovni presoji banke, temveč je sprejela tako ureditev zaradi razumljive želje Helabe.

(146) Komisiji se zdi ta pristop skladen z ravnanjem vlagatelja v tržnem gospodarstvu, ki v položaju dežele Hessen realno gledano ne bi mogel doseči hitrejšega povečanja kapitalske osnove, ki se mora nadomestiti, saj se Helaba glede na svoj poslovni načrt s tem ne bi strinjala. Po mnenju Komisije se morajo zato od leta 1999 do 2002 le predvidene stopnje in šele od leta 2003 dalje celoten znesek vložka tihe družbe, uporaben za kritje konkurenčnih dejavnosti, nadomeščati tako, kot bi vlagatelj v tržnem gospodarstvu v konkretnih okoliščinah zahteval za vložek tihe družbe z enakimi okoliščinami.

Kapitalska osnova, ki je bila vknjižena v bilanci stanja, a ni bila na razpolago za kritje konkurenčnih dejavnosti Helabe

(147) Kot je navedeno zgoraj, je bil tudi znesek vložka tihe družbe, ki se ni mogel uporabljati za kritje konkurenčnih dejavnosti, dne 31. decembra 1998 vknjižen v bilanci stanja Helabe. V celoti je bil del rizičnega lastnega kapitala in je bil tako od vsega začetka na razpolago upnikom banke kot jamstvo. Vsaj potencialno to pomeni prednost za banko, saj obseg lastnega kapitala, vknjiženega v bilanci stanja, bančnim posojilodajalcem potrjuje kreditno sposobnost banke in lahko s tem vpliva na pogoje, pod katerimi banka lahko prejema tuj kapital.

(148) Nemčija ugovarja, da dejstvo, da je Helaba celoten znesek vložka tihe družbe v višini 1 264,4 milijona EUR takoj po prejemu vknjižila v bilanco stanja, ne pomeni nikakršnega vpliva pri izboljšanju kreditne sposobnosti. Helaba je že od sredine 80-ih let prejšnjega stoletja uvrščena v najvišjo kategorijo AAA/Aaa, kar zadeva njeno dolgoročno kreditno sposobnost, ki je pomembna za upnike banke, pri čemer so glavno merilo obstoječe ureditve jamstva, kot sta *Anstaltslast* in *Gewährträgerhaftung*, ter s tem kreditna sposobnost garantov. Vknjižba vložka tihe družbe ni mogla še dodatno izboljšati te izredne kreditne sposobnosti najvišje stopnje ⁽²⁰⁾.

(149) Nemčija kot odgovor na prošnjo Komisije za nadaljnje informacije navaja, da tudi pri obravnavi ocene finančne moči s strani rating agencije Moody's Investors Service ter posamezne ocene s strani rating agencije Fitch za Helabo v zadevnem obdobju ni bilo moč opaziti vpliva vloge tihe družbe na oceno finančne moči Helabe. Navedeni oceni temeljita, ne glede na obstoječi državni jamstvi *Anstaltslast* in *Gewährträgerhaftung* ter lastniške strukture, izključno in neposredno na donosnosti zadevne institucije, kakovosti njenega upravljanja, tržnem položaju in tudi obsegu lastnega kapitala ⁽²¹⁾. Navedeni oceni se nista spreminjali med letoma 1997 in 2000, torej kljub vložku tihe družbe ob koncu leta 1998 (ocena finančne moči Moody je ostala C+, posamezna ocena Fitch pa B/C), poslabšali pa sta se po letu 2001 (ocena finančne moči Moody C+ (neg.) in C (neg.) in posamezna ocena Fitch C). Po mnenju Nemčije to dokazuje, da vložek tihe družbe ni vplival na kreditno sposobnost Helabe, tudi ne glede na obstoječa državna jamstva ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Odgovor Nemčije z dne 23. junija 2004, str. 12.

⁽²¹⁾ Odgovor Nemčije z dne 23. junija 2004, str. 12, Priloga 29/2004, Fitch Ratings: Bank Rating Methodology: maj 2004, str. 12: „Principal considerations are profitability, balance sheet integrity (including capitalisation), franchise, management, operating environment, consistency, as well as size (in terms of a bank's equity capital)“.

⁽²²⁾ Razlog za to, kakor je bilo že navedeno, je dejstvo, da so bili minimalni nadzorni standardi za kapitalski delež (delež temeljnega kapitala 4,0 %, celoten delež ali delež lastnih sredstev 8,0 %) več kot izpolnjeni v zadevnem obdobju, kar je pomembna razlika v primerjavi s položajem WestLB. Leta 1997, na primer, t.j. pred vlogo, je v skladu z načelom I k členu 10a KWG delež temeljnega kapitala znašal 4,8 % za koncern Helaba in 5,0 % za samo institucijo Helaba. V skladu z načeli Banke za mednarodne poravnave je bil leta 1997 delež temeljnega kapitala (tier I) 5,4 %. Celoten delež in delež lastnih sredstev sta bila leta 1997 8,9 % in 9,6 % za koncern in 9,2 % za samo institucijo. Tudi ob upoštevanju poslovne rasti, ki jo je Helaba načrtovala za prihodnja poslovna leta, ni bilo neposredne potrebe za sprejem temeljnega kapitala v višini 1 264,4 milijona EUR.

- (150) Komisija se na podlagi analize dejstev ne more strinjati s trditvijo Nemčije. Ugotovitve Nemčije glede ocene finančne moči in posamezne ocene prej kažejo na to, da je obseg lastnega kapitala finančne institucije pomemben dejavnik za kakovost ocene in s tem tudi za kreditno sposobnost. Z vidika pred vlogo, t.j. v času dogovora za vložek tihe družbe med deželno Hessen in Helabo, sta morali stranki izhajati iz domneve, da je vknjižba temeljnega kapitala v višini približno 1,2 milijarde EUR namenjena nadaljnjemu izboljšanju kreditne sposobnosti banke. Oceni finančne moči s strani agencij Moody in Fitch, ki ju navaja Nemčija, kažeta na to, da je bilo nadaljnje izboljšanje povsem mogoče, saj oceni še zdaleč nista dosegli najvišje stopnje. Dejstvo, da po vlogi ni bila razvidna sprememba pri oceni finančne moči, še ne pomeni, da vloga ni imela pozitivnega vpliva na oceno finančne moči. Pozitiven učinek znatnega povečanja obsega temeljnega kapitala bi namreč lahko preprečil, da bi se ocena finančne moči morda poslabšala iz drugih razlogov ali hitreje, kot se dejansko je, t.j. šele po letu 2001.
- (151) Komisija pri oceni morebitnega vpliva ukrepa (se oceni pred vlogo) na kreditno sposobnost banke in/ali na bodoče pogoje financiranja oceno finančne moči deželne banke obravnava kot pomembno samo po sebi poleg dolgoročne ocene, ki temelji na obstoječih državnih jamstvih *Anstaltslast* in *Gewährträgerhaftung*.
- (152) Kar zadeva bodoči sprejem tujega kapitala z vidika leta 1998, je Helaba po zaslugi *Anstaltslast*-a in *Gewährträgerhaftung*-a leta 1998 in v naslednjih letih uživala najboljšo oceno. Glede na vedenje Komisije in po navedbah Nemčije same, se konkretni stroški refinanciranja banke spreminjajo ali nihajo in v primerjavi z drugimi enako ocenjenimi bankami v razponu za zadevno kategorijo ocenjevanja. Z drugimi besedami se določeni stroški refinanciranja ne morejo razbrati natančno in nespremenjeno za vse enako ocenjene banke in v določenem času iz določene dolgoročne ocene, v tem primeru AAA/Aaa. Iz te empirične ugotovitve sledi, da igrajo vlogo tudi drugi vplivni dejavniki, kot je finančna moč Helabe glede na druge deželne banke z enako dolgoročno oceno na podlagi *Anstaltslast*-a in *Gewährträgerhaftung*-a. Boljša ko je finančna moč Helabe, boljši so njeni izgledi, da se v okviru kategorije ocenjevanja AAA/Aaa ob konkretnih pogojanjih glede pogojev refinanciranja nahaja na zanjo ugodnem robu razpona pogojev refinanciranja, razvidnih na trgu za AAA/Aaa. Poleg tega je manjša njena odvisnost od ocene garantov, t.j. v primeru morebitnega poslabšanja njihove ocene, ki pred vlogo ne more biti izključeno, bi Helaba lahko uporabila svojo lastno finančno moč v bran svojim ugodnim pogojem refinanciranja.
- (153) Kar zadeva bodoči sprejem drugih lastnih sredstev z vidika leta 1998, ki se je dejansko zgodil leta 2001 v obliki drugih vložkov tihe družbe, velika rezerva kapitala, vknjižena v bilanci stanja, zmanjšuje možnost izgube tega novega kapitala v primeru stečajnega postopka, pod pogojem, da star in nov kapital predstavljata jamstvo *pari passu*. Nemčija je navedla, da je takšno jamstvo *pari passu* pri vlogah tihe družbe pravilo. Z vidika leta 1998 torej ni bilo izključeno, da bodo morda pri tem vztrajali novi vlagatelji.
- (154) Nemčija je na prošnjo Komisije za informacije odgovorila tudi s trditvijo, da vložki tihe družbe v smislu člena 10(4) KWG niso zajeti v zaščitenem območju *Anstaltslast*-a in *Gewährträgerhaftung*-a. To naj bi bila neposredna posledica pogodbeno urejene udeležbe pri izgubah kot pogoja za priznanje kot rizični lastni kapital. Vlagatelj se tako ne obravnava kot upnik banke in ni zajet v *Gewährträgerhaftung*. Prav tako pa nima ugodnosti *Anstaltslast*-a, saj ta zgolj nalaga obveznost, da se instituciji zagotovi gospodarska osnova in dajo na razpolago vloge, potrebne za ohranjanje pravičnega poslovanja. To nikakor ne izključuje udeležbe tretji strank pri izgubah. Izgube so načeloma možne do porabe rizičnega lastnega kapitala. Tihi družbenik zato pri svojih interesih glede sredstev ni zaščiten s posredovanjem garanta na podlagi *Anstaltslast*-a. Ob upoštevanju dejstva, da vlagatelji lastnih sredstev niso v zaščitenem območju *Anstaltslast*-a in *Gewährträgerhaftung*-a, je imela finančna moč Helabe, ki se je povečevala ali ohranjala, z vidika leta 1998 po mnenju Komisije pozitiven vpliv na bodoče pogoje, pod katerimi je Helaba lahko prejemale nadaljnja sredstva, kot so vložki tihe družbe.
- (155) Komisija zaključuje, da znatno povečanje dežela temeljnega kapitala, priznanega s strani nadzorstva, ki ga je omogočila takojšnja vknjižba vložka tihe družbe v bilanco stanja leta 1998, vsaj s stališča po vlogi predstavlja potencialno odločujoč dejavnik pri oceni posamezne finančne moči in bodočih pogojev financiranja banke in s tem prednost za Helabo, ne glede na to, ali se je znesek uporabljal za kritje konkurenčnih dejavnosti. Vlagatelj v tržnem gospodarstvu, ki je zaradi takojšnje vknjižbe celotnega vloženega kapitala v bilanco stanja le-tega v celoti izpostavil tveganju izgube v primeru tečajnega postopka, bi zahteval primerno nadomestilo, ki odraža to tveganje izgube. Na drugi strani pa bi se Helaba na podlagi zanjo vsaj potencialne prednosti, katere dejanska uresničitev je temeljila na nadaljnjem razvoju, ki ga leta 1998 še ni bil moč predvideti v celoti, strinjala z nadomestilom. Komisija se torej v tej točki načeloma in na podlagi analize dejstev strinja z ugotovitvami pritožnika BdB.

d) **Primerno nadomestilo za vloženi kapital in primerjava z dejansko izplačanim nadomestilom**

(1) Ocena, ali je bilo nadomestilo, dogovorjeno za kapital, namenjen za kritje konkurenčnih dejavnosti, običajno tržno nadomestilo

(aa) Uvodna opomba

(156) Kot je navedeno zgoraj, je Komisija mnenja, da je finančni ukrep, dogovorjen med deželno Hessen in Helabo, vložek tihe družbe. Pri preverjanju, ali je bilo konkretno dogovorjeno nadomestilo primerno za trg, je zato odločilno, ali se nadomestilo lahko spozna za tako, ki leži v razponu nadomestil, dogovorjenih na trgu za gospodarsko in pravno primerljive transakcije, ki vključujejo vložke tihe družbe.

(157) Vendar se mora po navedbah Nemčije pri tržni primerjavi vložka tihe družbe s strani dežele Hessen upoštevati učinek obratovalnega davka – v povezavi z vložkom tihe družbe v primeru Helabe – v višini 0,26 % letno. Helaba na nadomestilo 1,4 % plačuje tudi obratovalni davek, h kateremu dežela Hessen ni zavezana, tako da je skupna obremenitev 1,66 % letno (pred obdavčitvijo). Poslovni vlagatelji v Nemčiji plačujejo obratovalni davek od dividend iz tihih udeležb. Vendar dežela Hessen ni zavezana k plačevanju obratovalnega davka. Namesto tega mora obratovalni davek v okviru nadomestila za vložek tihe družbe plačevati Helaba. Institucionalni vlagatelj v tržnem gospodarstvu bi torej zahteval večje nadomestilo kot dežela Hessen za izravnano obremenitve v obliki obratovalnega davka. V nasprotnem primeru bi bila Helaba takoj pripravljena takemu vlagatelju izplačevati pribitek na nadomestilo, saj je vseeno, ali pribitek plačuje kot nadomestilo vlagatelju ali kot obratovalni davek davčni upravi.

(158) Trditev BdB, da obratovalni davek, ki se večinoma sploh ne odvaja deželi Hessen, temveč občini, ni del nadomestila, temveč zakonsko naložena obremenitev, ki neodvisno od namena strank izhaja iz davčnega položaja, je sama po sebi po mnenju Komisije pravilna. Vendar BdB ne vidi, da pri tržni primerjavi naposled ne gre za vprašanje, ali obratovalni davek predstavlja del nadomestila ali ne. Bolj gre za to, da se pri zadevni tržni primerjavi upošteva poseben položaj Helabe ob prejemu vložka tihe družbe s strani dežele Hessen in zlasti posebna obremenitev, do katere pri prejemih vložkov tihe družbe s strani poslovnih vlagateljev ne bi prihajalo.

(159) Komisija se torej strinja z mnenjem Nemčije, da se mora pri tržni primerjavi obratovalni davek 0,26 % letno, ki ga mora plačevati Helaba, prišteti nadomestilu 1,40 % letno, tako da

znaša skupna obremenitev 1,66 % letno. Obratovalni davek se lahko po navedbah Nemčije sorazmerno razdeli na oba dela nadomestila, 0,23 % letno na dogovorjeno izhodiščno nadomestilo 1,2 % letno in 0,03 % na dogovorjen pribitek za trajnost 0,2 %. Za namene tržne primerjave se mora torej uporabiti stopnja 1,43 % letno za izhodiščno nadomestilo in stopnja 0,23 % letno za pribitek za trajnost.

(bb) Običajna tržna narava dogovorjenega izhodiščnega nadomestila 1,2 % letno (stopnja 1,43 % letno za namene tržne primerjave ob upoštevanju obratovalnega davka)

(160) Izhodiščno nadomestilo za zadevni vložek tihe družbe se mora z metodologijo, ki sta jo uporabili dežela Hessen in Helaba, določiti na podlagi časovno omejenih, sicer pa primerljivih vložkov tihe družbe. Vprašanje primerne nadomestila za časovno neomejenost vložka tihe družbe s strani dežele Hessen se mora obravnavati ločeno pod točko bb) z ozirom na pribitek na to izhodiščno nadomestilo.

(161) Nemčija je predložila obsežne podatke o nadomestilih za časovno omejene vložke tihe družbe približno v času zadevne vloge ob koncu leta 1998 in kasneje.

(162) Po navedbah Nemčije se mora pri primerjavi pribitkov za vložke tihe družbe razlikovati na podlagi referenčne obrestne mere. Če se v primeru spremenljivega celotnega nadomestila pribitek na nadomestilo nanaša na (spremenljivo) obrestno mero v okviru denarnega trga na medbančnem trgu (LIBOR ali EURIBOR), t.j. na obrestno mero refinanciranja za prvorazredne banke, je ta skladen z nadomestilom za jamstvo za vložke tihe družbe brez potrebe za dodatno prilagajanje. Če pa se v primeru fiksnega celotnega nadomestila pribitek na nadomestilo nanaša na (fiksno) obrestno mero na trgu obveznic (običajno donos na državne obveznice z 10-letno dospelostjo), je ta sestavljen iz (splošnega) pribitka za refinanciranje banke nasproti državi za pridobitev likvidnosti in konkretnega nadomestila za jamstvo za vložek tihe družbe. Za primerjavo nadomestila za jamstvo z nadomestili za jamstvo, povezanimi z denarnim trgom, se mora torej v tem primeru pribitek za refinanciranje odbiti od pribitka na nadomestilo. Pri nelikvidnih vložkih, kot v primeru vložka tihe družbe s strani Hessna, pa je pribitek na nadomestilo tako kot pri spremenljivo obrestovanih instrumentih, povezanih z denarnim trgom, ponavadi enak nadomestilu za jamstvo.

(163) To pomeni, da se lahko nadomestilo za vložek tihe družbe s strani dežele Hessen kot nelikvidni vložek neposredno

primerja s pribitki na nadomestilo, povezanimi z denarnim trgom (t.j. spremenljivo obrestovanimi celotnimi nadomestili), saj so ti skladni z nadomestili za jamstvo. Pri primerjavi s celotnimi nadomestili, povezanimi s trgom obveznic, pa se mora pribitek za refinanciranje (načeloma

med približno 20 do 40 odstotnimi točkami, brez upoštevanja nadaljnjih kratkoročnih odstopanj navzgor in navzdol, v zadevnem obdobju po navedbah Nemčije ⁽²³⁾ od teh odbiti z namenom določitve konkretnega nadomestila za jamstvo za vložek tihe družbe.

- (164) Na podlagi podatkov, ki jih je posredovala Nemčija, Komisija tržno primerjavo opravlja na podlagi primerljivih transakcij, navedenih v naslednji preglednici, ki so bile znane deželi Hessen in Helabi v času transakcije ob koncu leta 1998 ali, če je do njih prišlo nekaj mesecev kasneje, zaradi svoje neposredne časovne bližine omogočajo ugotovitve glede tržnih pogojev, ki so prevladovali v času transakcije ob koncu leta 1998.

Pomembne primerljive transakcije ⁽²⁴⁾						
Opis transakcije	Obseg	Trajanje	Ocene kreditne sposobnosti (OKS)/rezultata (OR)	Pribitek na nadomestilo letno v odstotnih točkah	Referenčna obrestna mera in prilagoditve ⁽²⁵⁾ pribitka na nadomestilo z odbitkom pribitka za refinanciranje	Nadomestilo za jamstvo, pomembno za primerjavo (v odstotnih točkah)
Vložek tihe družbe pri Helabi iz decembra 1997 s strani hranilnic v deželah Hessen in Turingija	300 milijonov DEM	10 let	OKS: Aaa/AAA (zaradi državnih jamstev) OR: ?	1,2 %	10-letne nemške obveznice (prilagoditev z odbitkom 20-40 odstotnih točk)	80-100
Fiksno obrestovane USD tranše vložka tihe družbe pri <i>Deutsche Bank</i> iz januarja 1998	1. Prva tranša 700 milijonov USD	10 let	OKS: AAA/Aa1 OR: AA-	80	12-mesečni LIBOR (ni prilagoditev)	80
Spremenljivo obrestovane USD tranše vložka tihe družbe pri <i>Deutsche Bank</i> iz januarja 1998	2. Druga tranša 700 milijonov USD	10 let	OKS: AAA/Aa1 OR: AA-	140	10-letne ameriške obveznice (prilagoditev z odbitkom 65 odstotnih točk ⁽²⁶⁾)	75
Spremenljivo obrestovan vložek tihe družbe pri <i>SGZ-Bank</i> iz oktobra 1998	50 milijonov DEM	10 let	OKS: A1/A+ OR: ?	120	12-mesečni LIBOR (ni prilagoditev)	120

⁽²³⁾ Glej pripombe Nemčije z dne 9. aprila 2003, Priloga 15–16. Podatki se nanašajo na pribitek za refinanciranje za evropske banke za nemške obveznice in na pribitek za refinanciranje na bančne obveznice (10-letne hipotekarne obveznice) za pribitek za nemške obveznice. Zaradi pomanjkanja podatkov o ustreznem pribitku za refinanciranje za ameriške obveznice in na podlagi načelne gospodarske primerljivosti Komisija uporablja zgoraj naveden razpon za pribitke za refinanciranje tudi za ameriške obveznice, saj pri določanju razpona za ustrezno nadomestilo za jamstvo ne štejejo natančni podatki temveč red velikosti.

Pomembne primerljive transakcije ⁽²⁴⁾

Opis transakcije	Obseg	Trajanje	Ocene kreditne sposobnosti (OKS)/rezultata (OR)	Pribitek na nadomestilo letno v odstotnih točkah)	Referenčna obrestna mera in prilagoditve ⁽²⁵⁾ pribitka na nadomestilo z odbitkom pribitka za refinanciranje	Nadomestilo za jamstvo, pomembno za primerjavo (v odstotnih točkah)
Vložek tihe družbe pri <i>HypoVereinsbank</i> iz decembra 1998	1. Prva tranša 1,2 milijarde DEM ⁽²⁷⁾	10 let	OKS: Aa2, Aa3/AA- OR: A2	160	DEM-LIBOR (ni prilagoditev)	160
Euro tranša vložka tihe družbe pri <i>Dresdner Bank</i> iz maja 1999	500 milijonov EUR	12 let	OKS: Aa1/AA OR: Aa2; A+	165	10-letne nemške obveznice (prilagoditev z odbitkom 20-40 odstotnih točk)	125-145
USD tranša vložka tihe družbe pri <i>Dresdner Bank</i> iz maja 1999	1 milijarda USD	32 let	OKS: Aa1/AA OP: Aa2; A+	215	30-letne ameriške obveznice (prilagoditev z odbitkom 65 odstotnih točk ⁽²⁸⁾)	150
Vložek tihe družbe pri <i>HypoVereinsbank</i> iz maja 1999	500 milijonov EUR	12 let	OKS: Aa2, Aa3/AA- OP: ?	125	12-mesečni EURIBOR (ni prilagoditev)	125
Euro tranša perpetuala pri <i>Deutsche Bank</i> iz julija 1999	500 milijonov EUR	Neomejeno	OKS: Aa3/AA OP: A1	Skupaj 6,6 % (115)	30-letne nemške obveznice (prilagoditev z odbitkom 20-40 odstotnih točk)	75-95
USD tranša perpetuala pri <i>Deutsche Bank</i> iz julija 1999	200 milijonov USD	Neomejeno	OKS: Aa3/AA OP: A1	Skupaj 7,75 % (160)	30-letne ameriške obveznice (prilagoditev z odbitkom 65 odstotnih točk)	95

⁽²⁴⁾ Glej zlasti pripombe Nemčije z dne 9. aprila 2003, Priloge 2-4, 8-12, 17-18.

⁽²⁵⁾ Prilagoditev z odbitkom s strani Komisije na podlagi podatkov, ki jih je posredovala Nemčija.

⁽²⁶⁾ Pribitek za refinanciranje za ameriške obveznice z enakim trajanjem, glej mnenje Nemčije z dne 9. aprila 2003, str. 27.

⁽²⁷⁾ 2. Druga tranša s fiksno obrestno mero, vendar enaki pogoji.

⁽²⁸⁾ Pribitek za refinanciranje za ameriške obveznice z enakim trajanjem, glej mnenje Nemčije z dne 9. aprila 2003, str. 27.

- (165) Preglednica o pomembnih primerljivih transakcijah ponazarja razpon za tržno primerjavo ustreznih nadomestil za jamstvo od 0,75 % do 1,6 % letno. To je Nemčija podkrepila tudi s predložitvijo pregleda investicijske banke [...], ki prikazuje razvoj nadomestil za jamstvo za hibridne instrumente kapitala, izražene v eurih, ki se lahko priznajo za temeljni kapital, od decembra 2001 do julija 2004 ⁽²⁹⁾. Tako se je v tem obdobju povprečno nadomestilo za jamstvo, ki se nanaša na vse kategorije ocenjevanja (kot pribitek nad LIBOR) giblje v razponu med 2,25 % letno (za kratek čas približno ob koncu leta 2002 in začetku leta 2003) kot zgornja meja in približno 0,8 % letno (leta 2004) kot spodnja meja, pri čemer je povprečna stopnja za to obdobje slabih 1,5 % letno. Posamezna vrednost za kreditne institucije, ocenjene z A ali bolje, je glede na ta pregled približno za 10 do 20 odstotnih točk manjša, vrednost za kreditne institucije, ocenjene z BAA, pa približno za 10 do, v času (kratkotrajnega) viška spomladi 2003, približno 250 odstotnih točk večja.
- (166) Komisija se zaveda, da so lahko v preglednici vsebovana tržna nadomestila v metodološkem smislu zgolj zelo približna referenčna točka. Transakcije se tako razlikujejo v številnih pogledih, zlasti kar zadeva oceno finančnih institucij izdajateljic, obseg in temeljno referenčno obrestno mero. Vsi ti dejavniki imajo pomemben vpliv na oblikovanje cen in opraviti bi se morala nadaljnja tržna raziskava za količinsko opredelitev njihovega posameznega vpliva na oblikovanje cen na metodološko pravičen način.
- (167) Za namene ocene tržne narave vložka tihe družbe s strani dežele Hessen pa je taka nadaljnja tržna raziskava po mnenju Komisije odveč. Zadostuje, če se Komisija na podlagi trendov prepriča, da je dogovorjeno nadomestilo v tržnem razponu.
- (168) Razvidno je torej, da so navedene primerljive transakcije, kar zadeva njihov obseg, v območju pod 50 milijonov DEM (približno 25 milijonov EUR) do približno 1 milijarde USD (glede na menjalni tečaj približno 1 milijarda EUR). Obseg vložka tihe družbe s strani dežele Hessen približno 1,2 milijarde EUR je nekoliko nad tem območjem. Komisija se vseeno strinja z Nemčijo, da je vložek tihe družbe s strani dežele Hessen na podlagi zgoraj navedenega stopenjskega modela primerljiv z zaporedjem štirih manjših vložkov tihe družbe v obsegu vsaka približno 150 milijonov EUR in 300 milijonov EUR. Helaba ni bila odvisna od takojšnje vloge
- tako velikega zneska, lahko pa bi v skladu s svojim poslovnim načrtom vložke tihe družbe takega obsega na trgu prejela postopno. Komisija navaja, da je bilo v prvi vrsti v interesu Nemčije, da bi se vloga tihe družbe Helabi lahko zagotovila v enem kosu že na začetku, tako da ne bi bilo potrebno deliti sredstev za pospeševanje.
- (169) Po drugi strani pa je delež vložkov tihe družbe pri temeljnem kapitalu Helabe kot rezultat vložka tihe družbe s strani dežele Hessen, tudi če se ta razume kot zaporedje več vložkov tihe družbe, povečal na približno [...] %. Po navedbah Nemčije je ta občutno večji od deleža, ki ga je običajno moč opaziti pri hibridnih instrumentih temeljnega kapitala v primeru zasebnih bank ⁽³⁰⁾. Komisija je mnenja, da večji ko je delež hibridnega temeljnega kapitala glede na osnovni kapital, večje je nadomestilo, ki bi ga zahteval zasebni vlagatelj, saj se s tem poveča tudi verjetnost, da bi se v primeru, da zadevna banka zaide v težave, vložki tihe družbe uporabili pred osnovnim kapitalom. Nemčija to izpodbija s trditvijo, da so vložki tihe družbe, kar zadeva jamstvo, enakovredni, in da kasneje prejeti vložki tihe družbe niso v prednostnem položaju. Vendar Komisija ne glede na jamstveno razmerje med vložki tihe družbe povečano tveganje vidi tudi v dejstvu, da morajo pri večjem deležu vložkov tihe družbe pri temeljnem kapitalu tvegana sredstva bolj temeljiti na vložkih tihe družbe in zmanjša se učinek rezerve osnovnega kapitala, tako da se poveča verjetnost njihove uporabe v primeru izgub in se zmanjša hitrost njihove ponovne napolnitve v primeru izboljšane donosnosti. Nemčija poleg tega trdi, da se iz tržnih podatkov ne da ugotoviti, ali vlagatelji, ki vlagajo vložke tihe družbe v podjetja, ki že imajo velik delež vložkov tihe družbe, tudi zahtevajo večjo nadomestilo za jamstvo. Komisija to upošteva in meni, da metodološko pravilna količinska opredelitev takih pribitkov za namene te odločbe ni izvedljiva. V tem pa vendarle vidi dokaz, da se vlagatelj v tržnem gospodarstvu zagotovo ne bi strinjal z nadomestilom v spodnjem območju tržnega razpona.
- (170) Komisija v nasprotju z Nemčijo najboljši oceni Helabe AAA/Aaa ob koncu leta 1998, ki temelji na obstoječih državnih jamstvih v obliki *Anstaltslast* in *Gewährträgerhaftung*, ne pripisuje pomembnosti pri preverjanju nadomestila za vložek tihe družbe. Kot je pojasnjeno zgoraj, tihi družbenik pri svojih interesih glede sredstev ni zaščiten s posredovanjem garanta na podlagi *Anstaltslast*-a.

⁽²⁹⁾ Odgovor Nemčije z dne 23. avgusta 2004, Priloga 6.

⁽³⁰⁾ Odgovor Nemčije z dne 23. avgusta 2004, str. 11–12. V primeru tam navedenih [...] zasebnih bank Nemčije, [...], [...] in [...], se je ta delež povečal iz približno 5 % v letu 1998 na približno 20–30 % v letu 2003. Vendar je po navedbah Nemčije delež v primeru Helaba v razponu med 33 % in 72 %, razvidnem pri deželni bankah.

- (171) Komisija tudi tu zaključuje, da ocena, ki temelji na *Anstaltslast-u* in *Gewährträgerhaftung-u*, ne more biti pokazatelj tveganja, ki se mu izpostavi vlagatelj. Po mnenju Komisije je pomembnejša dolgoročna ocena brez državnih jamstev. Nemčija v tej zvezi trdi, da se taka ocena ni mogla določiti za obdobje ob koncu leta 1998, saj se je ustrezna metodologija ocenjevanja za deželne banke kot celota razvila šele po dogovorih o ukinitvi državnih jamstev, t.j. po letih 2001 in 2002. Komisija za namene te odločbe zato domneva, da je vlagatelj v tržnem gospodarstvu pri Helabi izhajal iz podobnega tveganja kot v primeru naložbe v eno izmed velikih bank v zasebnem sektorju, vključenih v tržno primerjavo, katere ocena je bila vseskozi v kategoriji A, in ne iz manjšega tveganja, skladnega z najboljšo oceno AAA. Zmanjšanje primerne prabitke na nadomestilo glede na podatke za tržno primerjavo se torej ne zdi primerno; podatki za tržno primerjavo se prej lahko uporabijo neposredno.
- (172) Komisija bi iz zgoraj navedenih razlogov vsako nadomestilo za vložek tihe družbe s strani dežele Hessen v spodnjem območju tržnega razpona spoznala za neskladno s trgom. Vendar je glede na tržni razpon 0,75 % do 1,6 %, določen za nadomestilo za jamstvo za vložke tihe družbe, ustrezna primerjalna vrednost za vložek tihe družbe s strani dežele Hessen 1,43 % (ob upoštevanju učinka obratovalnega davka) v srednjem do zgornjem območju. Komisija zato ob upoštevanju tega, kar zadeva izhodiščno nadomestilo, ne vidi dokazov za korist Helabi in s tem državno pomoč.
- (cc) Običajna tržna narava dogovorjenega prabitka za trajnost 0,2 % letno (stopnja 0,23 % letno za namene tržne primerjave ob upoštevanju obratovalnega davka)
- (173) Vložek tihe družbe s strani dežele Hessen je časovno neomejen, mednarodno pa je znan kot *perpetual*. V tem se razlikuje od večine drugih transakcij, ki jih je Nemčija navedla za namene primerjave in so tipične za 90-ta leta prejšnjega stoletja, njihovo trajanje pa je večinoma 10 ali 12 let.
- (174) Pri obravnavanju trga v abstraktnem smislu časovna neomejenost pomeni, da je vlagatelj izpostavljen večjemu tveganju neizplačila in večjemu tveganju nihanja obrestne mere, ki naj bi ju izravnal pribitek, vendar v zadevnem primeru zaradi nezagotovljene likvidnosti tveganje nihanja obrestne mere ni pomembno. Poleg tega je dežela Hessen omejila možnosti razpolaganja z vložkom tihe družbe v večji meri, kot je običajno pri časovni omejenosti⁽³¹⁾. Časovna neomejenost vložka tihe družbe pa po drugi strani Helabi prinaša večjo gospodarsko vrednost, saj se lahko prizna kot temeljni kapital nad mejo 15 % in se v zadevnem primeru tudi je. To je pojasnjeno z zgoraj navedeno „Sydneyso izjavo“ Baselskega odbora za bančni nadzor iz oktobra 1998.
- (175) Iz teh razlogov sta se dežela Hessen in Helaba dogovorili za dodaten pribitek na izhodiščno nadomestilo, tako imenovan pribitek za trajnost, 0,2 % letno. Ob upoštevanju zgoraj navedenega učinka obratovalnega davka se stopnja, pomembna za tržno primerjavo, poveča na 0,23 % letno.
- (176) Pri oceni, ali je ta stopnja 0,23 % letno skladna z načelom vlagatelja v tržnem gospodarstvu, se Komisija ne more ali pa se lahko le omejeno opira na tržne podatke iz časa transakcije. Po navedbah Nemčije sta bila Helaba in dežela Hessen v določenem pogledu na trgu začetnika pri oblikovanju transakcije na tak način, da se ob dogovoru s pristojnimi organi za bančni nadzor in finančnimi organi doseže priznanje celotnega obsega kot temeljni kapital nad mejo 15 %. Transakcija je bila po navedbah Nemčije očitno prva v taki obliki. Primerjalni podatki o tržni naravi prabitka za trajnost ob koncu leta 1998 pogodbenicam še niso bili na razpolago, saj v obdobju med „Sydneyso izjavo“ z dne 28. oktobra 1998 in 1. decembrom 1998 še ni bil možen razvoj transparentnega trga za trajne vložke tihe družbe.
- (177) Komisija kot prvo opaža, da se vlagatelju v javnem sektorju ali državnih banki ne more preprečiti, da se udeležuje kot začetnik na trgu. Nasprotno se mora začetniku na trgu celo priznati večja presoja pri določanju pogojev kakor v primeru že ustaljenih norm, ki določajo ustrezni tržni razpon, na podlagi katerega se mora opraviti tržni preskus. Komisija lahko torej kvečjemu preveri, ali je bila določitev prabitka za trajnost napačna v gospodarskem smislu, t.j. je morda temeljila na napačnih ugotovitvah.
- (178) Pri tej preiskavi se morajo zato v pomoč uporabiti tržni podatki iz kasnejšega obdobja. Po mnenju Komisije ni razloga za domnevo, da se pribitek za trajnost vložka tihe družbe močno spreminja s časom. Vendar se iz trga ne dajo
- ⁽³¹⁾ To ne pomeni avtomatično, da se je dežela Hessen Helabi zavezala „za vedno“ in da nikoli več ne more razpolagati s sredstvi, vključenimi v vložek tihe družbe. Dežela Hessen lahko namreč prepusti svoje pravice iz vložka tihe družbe – vsaj s privolitvijo Helabe – tretji stranki proti plačilu. Torej ni nujno, da se tržnost vložka tihe družbe izniči.

razbrati konkretni podatki o obsegu pribitka za trajnost. Instrument *perpetualov*, ki vključuje tudi časovno neomejen

vložek tihe družbe, se je uveljavil na trgu po Sydneyški izjavi iz oktobra 1998, zlasti pa po letu 1999.

- (179) Nemčija zato ni predložila ločenih podatkov o obsegu primernega pribitka za trajnost za izvedbo (kasnejše) tržne primerjave temveč podatke o skupnem ovrednotenju *perpetualov* oziroma časovno neomejenih vložkih tihe družbe, razvidnem na trgu po letu 1999 (tudi vložke za obdobje 30 let ali več se na trgu štejejo za časovno neomejene). Ti podatki so strnjeni v naslednji preglednici, pri čemer so *perpetuali* iz leta 1999, navedeni že v zgornji preglednici, zaradi popolnosti navedeni tudi tu:

Pomembne primerljive transakcije ⁽³²⁾						
Opis transakcije	Obseg	Trajanje	Ocene kreditne sposobnosti (OKS)/ rezultata (OR)	Pribitek na nadomestilo letno v odstotnih točkah)	Referenčna obrestna mera in prilagoditve ⁽³³⁾ pribitka na nadomestilo z odbitkom pribitka za refinanciranje	Nadomestilo za jamstvo, pomembno za primerjavo (v odstotnih točkah)
USD tranša vložka tihe družbe pri <i>Dresdner Bank</i> iz maja 1999	1 milijarda USD	32 let	OKS: Aa1/AA OR: Aa2; A+	215	30-letne ameriške obveznice (prilagoditev z odbitkom 65 odstotnih točk ⁽³⁴⁾)	150
Euro tranša <i>perpetuala</i> pri <i>Deutsche Bank</i> iz julija 1999	500 milijonov EUR	neomejeno	OKS: Aa3/AA OR: A1	Fiksno 6,6 % (115)	30-letne nemške obveznice (prilagoditev z odbitkom 20-40 odstotnih točk)	75-95
USD tranša <i>perpetuala</i> pri <i>Deutsche Bank</i> iz julija 1999	200 milijonov USD	neomejeno	OKS: Aa3/AA OR: A1	Fiksno 7,75 % (160)	30-letne ameriške obveznice (prilagoditev z odbitkom 65 odstotnih točk)	95
<i>Deutsche Bank</i> iz decembra 2003	300 milijonov EUR	Neomejeno	OR: A2/A	Fiksno 6,15 % (99 odstotnih točk nad Mid-Swaps)	Mid-Swaps (ni prilagoditev)	99

⁽³²⁾ Glej zlasti pripombe Nemčije z dne 9. aprila 2003, Priloge 2-4, 8-12, 17-18.

⁽³³⁾ Prilagoditev z odbitkom s strani Komisije na podlagi podatkov, ki jih je posredovala Nemčija.

⁽³⁴⁾ Pribitek za refinanciranje za ameriške obveznice z enakim trajanjem, glej pripombe Nemčije z dne 9. aprila 2003, str. 27.

(180) Le nekaj navedenih primerjalnih podatkov o *perpetualih* tu ne spreminja razpona tržne primerjave v primerjavi s časovno omejenimi vložki tihe družbe. Vendar gospodarska teorija narekuje, da vlagatelj v tržnem gospodarstvu seveda zahteva pribitek za trajnost v nasprotju s sicer enako, a časovno omejen vložek tihe družbe predvsem za izravnavo dodatnega tveganja neizplačila, ki je posledica močnejše in daljše vezave. Iz predloženih podatkov pa je razvidno, da na trgu za *perpetuale* ni nujno, da se zahteva občutno večje nadomestilo za jamstvo kot v primeru časovno omejenih vložkov tihe družbe. Ta ugotovitev, ki se sicer zaradi pomanjkanja zadostnega števila primerljivih transakcij zagotovo ne more opisati kot statistično trdna, poleg tega še povečuje verjetnost trditve Nemčije, da trajnost ne preoblikuje vložka tihe družbe v instrument kapitala druge oblike, kakor je, na primer, trdilo združenje BdB.

(181) Nemčija je predložila primerjalni izračun pribitka za trajnost za časovno neomejeno euro transakcijo (*perpetual*) pri *Deutsche Bank* iz julija 1999 v primerjavi s časovno omejeno transakcijo pri *Dresdner Bank* iz maja 1999⁽³⁵⁾. *Perpetual* pri *Deutsche Bank* iz julija 1999 kaže celotno nadomestilo 6,6 % letno (glej zgornjo preglednico). 1. julija 1999 je tekoči donos na 10-letne nemške obveznice znašal 4,66 % letno, tako da pribitek na nadomestilo v povezavi z njimi znaša 1,94 % letno⁽³⁶⁾. Euro-tranša 12-letnega vložka tihe družbe pri *Dresdner Bank* iz maja 1999 pa se nadomešča s 1,65 nad 10-letnimi nemškimi obveznicami. Razlika je torej 0,29 % letno. To naj bi bilo le malo nad pribitkom 0,20 % letno (0,23 % letno z učinkom obratovalebnega davka), dogovorjenim tukaj. Razlog za razliko je tudi dejstvo, da so bili *perpetuali* pri *Deutsche Bank* s strani rating agencije Moody ocenjeni z A1, kar je slabše od ocene vložka tihe družbe Aa2 pri *Dresdner Bank*, zato se morajo nadomeščati v večjem obsegu.

(182) Komisiji se zdi ta primerjalni izračun ob upoštevanju omejenosti podatkov v obdobju 1998/1999, kar ni krivda dežele Hessen in Helabe, verjeten. Vrednost 0,29 %, ki jo je pokazal primerjalni izračun, je le malo nad pribitkom za trajnost, dogovorjenim med deželo Hessen in Helabo, z ustrežno stopnjo 0,23 %. Poleg tega gre vsaj del razlike pripisati razlikam pri oceni rezultata, ki bi bile verjetno

manjše, če bi se primerjala vložka tihe družbe pri Helabi za omejeno in neomejeno obdobje, saj je izdajatelj identičen.

(183) Komisija iz teh razlogov nima dokaza, da je primerljiva stopnja 0,23 % letno za pribitek za trajnost pod tržnim razponom in da gre torej za korist Helabi, t.j. državno pomoč.

(dd) Primerno upoštevanje stroškov zaradi nelikvidnosti

(184) V tej zvezi skladne trditve Nemčije, Helabe in BdB glede stroškov zaradi nelikvidnosti, so sprejemljive, saj „običajna“ vloga kapitala pri banki slednji zagotovi tako likvidnost kot obseg lastnega kapitala, ki ju banka potrebuje zaradi nadzorstva za širjenje svojih dejavnosti. Da bi kapital uporabila v celoti, t.j. razširila svojo 100 % tveganju prilagojeno tehtano aktivo s faktorjem 12,5 (t.j. 100 deljeno s stopnjo solventnosti 8 %), se mora banka 11,5-kratno refinancirati na finančnih trgih. Če poenostavimo, pomeni razlika med 12,5-kratnimi prejetimi obrestmi in 11,5-kratnimi plačanimi obrestmi minus drugi stroški banke (na primer za upravljanje) dobiček na lastni kapital⁽³⁷⁾. Ker vložek tihe družbe s strani dežele Hessen Helabi sprva ni zagotovil likvidnosti, ker so bila prenesena sredstva in celoten donos na sredstva za pospeševanje po zakonu namenjena pospeševanju gradnje stanovanj, je imela Helaba dodatne stroške financiranja v višini kapitala, če je želela zbrati sredstva na finančnih trgih, potrebna za popolno izrabo poslovnih možnosti, ki so se ji odprle z dodatnim lastnim kapitalom, t.j. razširiti svojo tveganju prilagojeno tehtano aktivo z 12,5-kratnim zneskom kapitala (ali ohraniti obstoječa sredstva v tem obsegu)⁽³⁸⁾. Zaradi teh dodatnih stroškov, ki pri likvidnem lastnem kapitalu ne nastajajo, se mora primerno povračilo ustrezno znižati. Vlagatelj v tržnem gospodarstvu ne more pričakovati enakega povračila kot pri denarnem vložku.

(185) V nasprotju z BdB, a tako kot Nemčija in Helaba, pa je Komisija mnenja, da se bruto obrestna mera refinanciranja lahko odbije. Stroški refinanciranja so stroški poslovanja in zato zmanjšujejo obdavčljiv dobiček. Enako pa velja za nadomestilo za vložek tihe družbe, ki je že od vsega začetka

⁽³⁷⁾ Seveda je dejansko položaj veliko bolj zapleten, na primer zaradi zunajbilančnih postavk, različnih tehtanj tveganja sredstev ali netveganih postavk. Vendar pa na temeljno razlago to ne vpliva.

⁽³⁸⁾ Položaj se ne spremeni, če se upošteva možnost povečanja dodatnih lastnih sredstev do višine temeljnih sredstev (faktor 25 namesto 12,5 za temeljna sredstva).

⁽³⁵⁾ Pripombe Nemčije z dne 9. aprila 2004, str. 28.

⁽³⁶⁾ Pribitek na nadomestilo za *perpetual* pri *Deutsche Bank* (dogovorjeno fiksno obrestovano nadomestilo 6,60 %) je tukaj določen na 1,94 % letno v povezavi z 10-letnimi nemškimi obveznicami, da bi bolj primerljiv z 12-letnim vložkom tihe družbe pri *Dresdner Bank* (1,65 % nad 10-letnimi nemškimi obveznicami) in da bi se omogočila predstava o obsegu pribitka na nadomestilo. V zgornji preglednici je pribitek na nadomestilo za isti *perpetual* določen na 1,15 % letno v povezavi s 30-letnimi nemškimi obveznicami, saj te predstavljajo zadevno obdobje (30 let na trgu pomeni „kvazi-trajno“). Pribitek na nadomestilo v povezavi s 30-letnimi nemškimi obveznicami je manjši, saj ob običajni obrestni krivulji, kakršna je v zadevnem primeru, dolgoročnejša (30-letna) posojila prinašajo večji donos kot bolj kratkoročna (10-letna) in torej predstavljajo večjo odbitno postavko od dogovorjenega fiksno obrestovanega nadomestila 6,60 % letno.

v likvidni obliki. V primerjavi s slednjim, ki, kakor je navedeno zgoraj, predstavlja primeren tržni test, tako ne gre za dodatno davčno ugodnost. Neto rezultat banke se torej v obeh primerih zmanjša za znesek obresti, plačanih za likvidnost. Celotni stroški refinanciranja se torej lahko odbijejo.

(186) V tem položaju se Helaba odločilno razlikuje od WestLB in drugih deželnih bank, ki so tudi bile predmet preiskovalnih postopkov, saj so se v slednjih primerih sredstva za pospeševanje vknjižila v bilanco stanja kot rezerve in celotno nadomestilo se mora obravnavati kot uporaba dobička in ne kot stroški poslovanja in se mora zato poravnati iz obdavčenega dobička. Pri drugih gre torej za davčno ugodnost, če so stroški za likvidnost, ki se mora pridobiti znova, odbitni kot stroški poslovanja, medtem ko temu ne bi bilo tako pri naložbi, ki je že od vsega začetka denarni vložek, sicer pa identična, in predstavlja ustrezno merilo za primerjavo.

(187) Helaba mora zaradi odsotnosti (dodatne) davčne ugodnosti izplačevati le nadomestilo za tveganje, kateremu dežela Hessen izpostavlja svoja sredstva za pospeševanje v obliki vložka tihe družbe, t.j. nadomestilo za jamstvo, izraženo v odstotnih točkah, nad ustrezno referenčno obrestno mero.

(2) *Določitev najmanjšega nadomestila za kapital, potreben za kritje dejavnosti za pospeševanje, in kapital, ki se zaradi stopenjskega modela sprva ni uporabljal za kritje konkurenčnih dejavnosti*

(188) Komisija je v Odločbi glede WestLB iz leta 1999 naložila provizijo za jamstvo 0,5-0,6 % pred obdavčitvijo in 0,3 % po obdavčitvi za znesek, ki je bil vknjižen v bilanci stanja, a se ni mogel uporabljati za kritje konkurenčnih dejavnosti. Ta provizija temelji na stopnji 0,3 % pred obdavčitvijo, ki jo je Nemčija navedla za primerno provizijo za jamstvo za banko, kot je WestLB, ob koncu leta 1991. Komisija je to stopnjo povečala na 0,5 do 0,6 % pred obdavčitvijo (0,3 % po obdavčitvi) iz dveh razlogov. Kot prvo je znesek 3,4 milijarde DEM (1,74 milijarde EUR) v primeru WestLB presegel znesek, ki ga ponavadi krijejo taka bančna jamstva. Ko drugo pa so bančna jamstva običajno povezana z določenimi transakcijami in časovno omejena.

(189) V zadevnem preiskovalnem postopku je Komisija podobno zaprosila Nemčijo, naj opredeli provizijo za jamstvo, ki se za banko, kot je Helaba, lahko spozna za običajno na trgu. Nemčija tega ni storila, temveč je trdila, da se jamstva vedno izdajajo le za določene transakcije in da torej ne obstaja trg, iz katerega bi se dalo razbrati nadomestilo za taka jamstva. Če pa Komisija kljub navedenim ugovorom vztraja pri opredelitvi nadomestila, se obseg takega nadomestila po mnenju Nemčije lahko izračuna le posamezno ob upoštevanju konkretnega tveganja, ki se mu je dežela Hessen ob temu načinu obravnavanja izpostavila glede na razliko v zneskih. Ker načrtovana stopnja rasti tveganih sredstev, samo [...] milijonov DEM na leto, predstavlja skromno politiko rasti v primerjavi z WestLB, mora izredno majhna verjetnost, da razliko v zneskih, ki se letno zmanjšuje, uporabijo upniki banke, v vsakem primeru privedi k določitvi izredno majhnega nadomestila za jamstvo. Poleg tega je Helaba le delno uporabljala postopne zneske, ki se morajo nadomeščati v celoti, in v nasprotju z WestLB več kot napolnila najmanjše deleže temeljnega kapitala, zahtevane s strani nadzorstva, tako da so poslovna tveganja

Helabe s tem več kot zadovoljivo krita. Ta varnostna rezerva pomeni, da se niti osnovna stopnja nadomestila 0,3 % letno pred obdavčitvijo niti pribitek na to stopnjo 0,2 do 0,3 % letno pred obdavčitvijo ne moreta prenesti iz Odločbe glede WestLB (tam skupaj 0,3 % letno po obdavčitvi) na primer Helaba.

(190) Komisija mora zato sama določiti primerno garancijo za jamstvo za banko, kot je Helaba. Glede na temeljno primerljivost primerov WestLB in Helaba ter odsotnost drugih meril je Komisija tu mnenja, da se, kot v primeru WestLB, osnovna stopnja 0,3 % letno pred obdavčitvijo lahko spozna za primerno. Vendar meni, da pribitki na to stopnjo niso primerni. Kot prvo je znesek vložka tihe družbe v območju med 50 do 100 milijonov EUR, ki je dolgoročno predviden za kritje dejavnosti za pospeševanje, veliko manjši od ustreznega zneska približno 1,7 milijarde EUR v primeru WestLB. Kot drugo pa je bil znesek, ki se po stopenjskem modelu ni mogel uporabljati za kritje konkurenčnih dejavnosti, kot posledica stopenjskega modela časovno omejen in se je tako do leta 2003 izničil. Iz teh dejstev je povsem razvidno, da tveganje dežele Hessen ni bilo večje kot v primeru na trgu običajnega jamstva za banko, kot je Helaba, in zato ne upravičuje povečanja osnovne stopnje 0,3 % letno pred obdavčitvijo. Ker je nadomestilo za celoten vložek tihe družbe kot strošek poslovanja odbitna postavka in se tudi v tej točki razlikuje od davčne obravnave nadomestila v Odločbi glede WestLB, Komisija v tej odločbi določa provizijo za jamstvo kot stopnjo pred obdavčenjem, ki se v celoti lahko spozna za strošek poslovanja.

e) *Element pomoči*

(191) Kot je navedeno zgoraj, Komisija spoznava povračilo 0,3 % letno pred obdavčitvijo za primerno za tisti del kapitala, ki ga Helaba ni mogla uporabljati za kritje konkurenčnih dejavnosti, bil pa je vknjižen v bilanci stanja dne 31. decembra 1998.

(192) Helaba izplačuje povračilo 1,4 % letno le za tisti znesek, ki je po tako imenovanem stopenjskem modelu uporaben za kritje tveganih sredstev, ne pa za tisti del vložka tihe družbe, ki je sicer vknjižen v bilanci stanja, a se ne uporablja za kritje konkurenčnih dejavnosti.

- (193) Element pomoči se torej lahko določi kot rezultat provizije jamstva 0,3 % letno pred obdavčitvijo, ki jo Komisija spoznava za običajno na trgu, in tistega dela vložka tihe družbe, ki je vknjižen v bilanci stanja, a se ne uporablja za kritje konkurenčnih dejavnosti, v skladu z naslednjo preglednico:

Vrednosti ob koncu leta v milijonih EUR	1999	2000	2001	2002	2003
1) Nominalna vrednost v bilanci stanja	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
2) Temeljni kapital, po stopenjskem modelu dejansko uporaben za konkurenčne dejavnosti	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
3) Temeljni kapital za dejavnosti za pospeševanje	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
4) Temeljni kapital, uporaben za konkurenčne dejavnosti, ki pa se po dogovorjenem stopenjskem modelu ne uporabi	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
5) Razlika med 1) in 2) je enaka seštevku 3) in 4)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
6) Odbitek varnostne rezerve zaradi manjše prehodne določitve v bilanci stanja z dne 31.12.1998 (*)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
7) Kapitalska osnova, ki se nadomesti s provizijo za jamstvo 0,3 % letno (pred obdavčitvijo)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
8) Nadomestilo, ki se mora izplačati, odbitno kot stroški poslovanja, skladno z elementom pomoči	1,92	1,95	1,34	0,73	0,15

(*) K 6) Odbitek varnostne rezerve zaradi manjše predhodne določitve v bilanci stanja z dne 31. decembra 1998: Po navedbah Nemčije ⁽³⁹⁾ postopek priznavanja s strani bančnega nadzorstva 31.12.1998 še ni bil zaključen, tako da se je na začetku v bilanco stanja vknjižila vrednost 1 023 milijonov EUR (2 000 milijonov DEM). Vrednost 1 264 milijonov EUR, določena s postopkom ocenjevanja, se je vknjižila neposredno po oceni in je bila torej vključena v letnem obračunu za leto 1999. Komisiji se zdi glede na ta postopek primerno, da v korist Helabi opravi odbitek varnostne rezerve od kapitalske osnove, ki se mora nadomestiti, za leto 1999. Upniki Helabe so za oceno finančne moči banke med letom 1999 uporabili vrednosti letnega obračuna za leto 1998 s predhodno vknjiženim manjšim zneskom 1 023 milijonov EUR vložka tihe družbe. V letu 1999 se mora zato le razlika med tem zneskom in temeljnim kapitalom, po stopenjskem modelu uporabnim za kritje konkurenčnih dejavnosti, nadomestiti s provizijo za jamstvo 0,3 % letno (pred obdavčitvijo), torej [...] milijonov EUR. Za naslednja leta je vrednost v bilanci stanja prejšnjega leta skladna z vrednostjo vložka tihe družbe, navedeno v letni bilanci stanja.

⁽³⁹⁾ Glej odgovor Nemčije z dne 23. avgusta 2004, str. 6–7

f) **Vmesni rezultat**

(194) Komisija torej ugotavlja, da je Helaba prejela pomoč le v tem smislu, da ni izplačevala primerne nadomestila za jamstvo za tisti del kapitala, zagotovljen v obliki vložka tihe družbe s strani dežele Hessen, ki je bil potreben za kritje dejavnosti za pospeševanje, ter za tisti del, ki po stopenjskem modelu sprva ni bil uporabljen za kritje konkurenčnih dejavnosti. Po mnenju Komisije bi bilo tu nadomestilo za jamstvo 0,3 % letno (pred obdavčitvijo) primerno. Če se je kapital lahko uporabljal za kritje konkurenčnih dejavnosti, pa se je primerno nadomeščal z dogovorjenim nadomestilom 1,43 % letno (ob upoštevanju obratovalnega davka) za vložek tihe družbe. V tem smislu ne gre za pomoč.

1.3. IZKRIVLJANJE KONKURENCE IN OVIRANJE TRGOVINE MED DRŽAVAMI ČLANICAMI

(195) Z liberalizacijo finančnih storitev in združevanjem finančnih trgov je bančništvo v Skupnosti vse bolj občutljivo na izkrivljanje konkurenčnosti. Ta razvoj se trenutno še stopnjuje zaradi ekonomske in monetarne unije, ki odpravlja preostale ovire za konkurenčnost na trgu finančnih storitev.

(196) Upravičenka Helaba je v bančništvu dejavna tako regionalno kot mednarodno. Gre za splošno poslovno banko, centralno hranilnico ter banko dežele Hessen in njenih občin. Kljub svojemu imenu, tradiciji in zakonsko urejenim nalogam Helaba nikakor ni zgolj lokalna ali regionalna banka.

(197) Na podlagi tega je jasno, da Helaba nudi bančne storitve v konkurenci z drugimi evropskimi bankami izven Nemčije in, ker so banke iz drugih evropskih držav dejavne v Nemčiji, v Nemčiji. Torej drži, da pomoči za Helabo izkrivljajo konkurenco in ovirajo trgovino med državami članicami.

1.4. REZULTAT

(198) Če Helaba ni izplačevala primerne nadomestila za jamstvo za tisti del razpoložljivega kapitala, ki je bil potreben za kritje dejavnosti za pospeševanje in po stopenjskem modelu sprva ni bil uporabljen za kritje konkurenčnih dejavnosti, so izpolnjeni vsi pogoji za državno pomoč v smislu člena 87(1) Pogodbe ES. Kar zadeva tisti del kapitala, ki je bil uporabljen za kritje

konkurenčnih dejavnosti, se mora nadomestilo 1,43 % letno (ob upoštevanju obratovalnega davka), ki se je moralo izplačevati le za ta znesek, spoznati za še skladno s trgovino. V tem smislu ne gre za korist Helabi in s tem tudi ne državno pomoč v smislu člena 87(1) Pogodbe ES.

2. SKLADNOST S SKUPNIM TRGOM

(199) Če vključuje vložek tihe družbe državne pomoči v smislu navedenega člena 87(1) Pogodbe ES, je potrebno oceniti, ali se pomoč lahko spozna za skladno s kupnim trgovino.

(200) Posebne določbe iz člena 87(2) Pogodbe ES se ne uporabljajo. Pomoč ni socialnega značaja in se ne dodeljuje posameznim potrošnikom. Prav tako ne povrne škode, nastale zaradi naravnih nesreč ali drugih izjemnih okoliščin, in ni nadomestilo gospodarske škode, ki jo je povzročila delitev Nemčije.

(201) Ker pomoč nima regionalnega cilja – ni namenjena niti za pospeševanje gospodarskega razvoja območij z izjemno nizko življenjsko ravnijo ali z znatno podzaposlenostjo niti za pospeševanje razvoja določenih gospodarskih območij – se člen 87(3)(a) in regionalni vidiki iz člena 87(3)(c) Pogodbe ES ne uporabljajo. Pomoč tudi ne pospešuje izvedbe pomembnega projekta skupnega evropskega interesa. Prav tako pa cilja pomoči nista pospeševanje kulture in ohranjanja kulturne dediščine.

(202) Ker gospodarski obstoj Helabe v času ukrepa ni bil ogrožen, ni potrebno preučiti, ali bi propad ene same velike kreditne institucije, kot je Helaba, lahko v Nemčiji privedel do splošne krize v bančnem sektorju, kar bi morda v skladu s členom 87(3)(b) Pogodbe ES upravičilo pomoč za odpravljanje resne motnje v nemškem gospodarstvu.

(203) V skladu s členom 87(3)(c) Pogodbe ES se lahko pomoči spoznajo za skladne s skupnim trgovino, če pospešujejo razvoj določenih gospodarskih dejavnosti. To bi načeloma lahko veljalo tudi za pomoč za prestrukturiranje v bančnem sektorju. Vendar pa v zadevnem primeru pogoji za uporabo te posebne določbe niso izpolnjeni. Helaba ni bila podjetje v težavah, čigar vitalnost bi se morala povrniti z državno pomočjo.

(204) Člen 86(2) Pogodbe ES, ki pod določenimi pogoji dopušča odstopanja od določb o državni pomoči iz Pogodbe, se

načeloma uporabljata tudi za sektor finančnih storitev. To je Komisija potrdila v svojem poročilu o „storitvah skupnega gospodarskega interesa v bančnem sektorju“⁽⁴⁰⁾. Formalni pogoji pa v tem primeru niso izpolnjeni: naloge, ki jih Helaba opravlja pri zagotavljanju storitev skupnega gospodarskega interesa, in tudi stroški, ki nastajajo ob takih nalogah, niso podrobno opredeljeni. Torej je jasno, da se je prenos opravil brez upoštevanja kakršnih koli storitev skupnega gospodarskega interesa. Tudi ta posebna določba zato v zadevnem primeru ne velja.

(205) Ker se odstopanja od načela prepovedi državnih pomoči v skladu s členom 87(1) Pogodbe ES ne uporabljajo, se zadevna pomoč ne more šteti za skladno s Pogodbo.

3. NI VELJAVNA POMOČ

(206) V nasprotju s trditvami Nemčije v drugih postopkih v zvezi z deželnimi bankami se vloga kapitala ne more obravnavati niti kot del obstoječih programov pomoči *Anstaltslast* in *Gewährträgerhaftung*, temveč se mora obravnavati kot nova pomoč.

(207) *Gewährträgerhaftung* je jamstvo za upnike v primeru, da sredstva banke ne zadostujejo več za izpolnjevanje njihovih zahtev, in to v tem primeru ne velja. Vloga kapitala ni namenjena za zadovoljevanje upnikov deželne banke in sredstva banke niso bila izčrpana.

(208) Tudi *Anstaltslast* tu ne velja. *Anstaltslast* zavezuje garanta *Sparkassenverband Hessen-Thüringen*, da Helabi zagotavlja sredstva, potrebna za pravilno delovanje, dokler se ne odloči za prenehanje njenega obstoja. Toda Helaba v času vloge kapitala še zdaleč ni bila v položaju, v katerem pravilno delovanje zaradi pomanjkanja lastnih sredstev ne bi bil več mogoče. Vloga kapitala torej ni bila potrebna za ohranjanje pravilnega delovanja deželne banke. Ta zavestni ekonomski izračun dežele Hessen kot (so)lastnice je deželni banki omogočil, da tudi v prihodnosti izkorišča tržne priložnosti na področju konkurenčnih dejavnosti. „Zasilni predpis“ programa pomoči *Anstaltslast* pa ne velja za tako običajno ekonomsko odločitev dežele Hessen kot (so)lastnice. Ob odsotnosti drugega uporabnega obstoječega programa pomoči v skladu s členoma 87(1) in 88(1) Pogodbe ES se mora vloga kapitala označiti kot nova pomoč v smislu členov 87(1) in 88(3) Pogodbe ter ustrezno preučiti.

⁽⁴⁰⁾ To poročilo se je predložilo Ekonomsko-finančnemu svetu dne 23. novembra 1998, a ni bilo objavljeno. Dostopno je na Generalnem direktoratu Komisije za konkurenco ter na spletni strani Komisije.

VII. ZAKLJUČEK

(209) Navedena pomoč se niti v skladu s členom 87(2) ali (3) niti v skladu s katero koli druge določbo Pogodbe ES ne more obravnavati kot skladna s skupnim trgom. V skladu s tem se spozna za neskladno s skupnim trgom in element pomoči nezakonitega ukrepa mora Nemčija zahtevati nazaj –

SPREJELA NASLEDNJO ODLOČBO:

Člen 1

1. Odpoved primernemu nadomestilu v višini 0,3 % letno (pred davkom od dobička) za tisti del kapitala, prenesenega s strani Hessna na *Landesbank Hessen-Thüringen – Girozentrale*, ki ga ta lahko po 31. decembru 1998 uporablja kot jamstvo, predstavlja pomoč, ki ni skladna s skupnim trgom.

2. Pomoč, navedena v odstavku 1, znaša za obdobje med 31. decembrom 1998 in 31. decembrom 2003 6,09 milijona EUR.

Člen 2

1. Nemčija ukine pomoč, navedeno v členu 1(1), najkasneje do 31. decembra 2004.

2. Nemčija sprejme vse potrebne ukrepe, da prejemnica vrne pomoč, navedeno v členu 1(1) in dano na razpolago nezakonito. Znesek, ki se mora vrniti, vključuje naslednje:

a) za obdobje izračuna med 31. decembrom 1998 in 31. decembrom 2003 znesek, naveden v členu 1(2);

b) za obdobje izračuna med 1. januarjem 2004 in ukinitvijo pomoči znesek, ki se določi na podlagi metode izračuna, navedene v členu 1(1).

Člen 3

Vračilo se izvede nemudoma in skladno s postopki nacionalne zakonodaje, če omogočajo takojšnjo in učinkovito izvajanje te odločbe.

Znesek, ki se mora vrniti, vključuje obresti, ki se plačajo od datuma, ko je bila nezakonita pomoč prejemnici na razpolago, do dejanskega vračila.

Obresti se izračunajo v skladu z določbami iz poglavja V Uredbe Komisije (ES) št. 794/2004 ⁽⁴¹⁾.

Člen 5

Ta odločba je naslovljena na Zvezno republiko Nemčijo.

Člen 4

V Bruslju, 20. oktober 2004.

Nemčija obvesti Komisijo v dveh mesecih po objavi te odločbe z izpolnitvijo vprašalnika, prikazanega v Prilogi, o ukrepih, sprejetih za izvajanje te odločbe.

Za Komisijo
Neelie KROES
Članica Komisije

⁽⁴¹⁾ UL L 140, 30.4.2004, str. 1.