

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 20 oktober 2004

om statligt stöd som Tyskland har genomfört till förmån för Landesbank Hessen-Thüringen – Girozentrale

[delgivet med nr K(2004) 3931]

(Endast den tyska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2006/742/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR FATTAT DETTA
BESLUT

med beaktande av Fördraget om upprättandet av Europeiska
gemenskapen, särskilt artikel 88.2 första stycket i detta,

med beaktande av EES-avtalet, särskilt artikel 62.1 a i detta,

efter att i enlighet med nämnda artikel ha gett berörda parter
tillfälle att yttra sig ⁽¹⁾ och med beaktande av dessa synpunkter,

och av följande skäl:

I. FÖRFARANDE

- (1) Genom skrivelser av den 31 maj 1994 och 21 december 1994 meddelade Bundesverband deutscher Banken e.V. ("Tyska bankförbundet", BdB), som företräder privata banker med säte i Tyskland, kommissionen bl.a. att lån till stöd för bostadsbyggande införlivats, eller kommer att införlivas, i det garantikapital som ägs av delstatsbankerna i Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Bayern, Hamburg och Berlin, dvs. Westdeutsche Landesbank, Norddeutsche Landesbank, Landesbank Schleswig-Holstein, Hamburger Landesbank och Landesbank Berlin. BdB uppfattade den därmed förknippade höjningen av de berörda delstatsbankernas kapitalbas som en snedvridning av konkurrensen till deras förmån, eftersom parterna inte hade avtalat om någon ersättning i enlighet med de principer som följs av investerare i en marknadsekonomi. Genom den andra skrivelse som omnämns ovan inkom BdB därför med ett formellt klagomål och uppmanade kommissionen att inleda ett förfarande enligt artikel 93.2 i EG-fördraget (numera artikel 88.2) mot Tyskland. I februari och mars 1995 och december 1996 undertecknade flera enskilda banker förbundets klagomål.

- (2) Genom en skrivelse av den 6 augusti 1997 upplyste BdB kommissionen om ytterligare två överlåtelser av tillgångar i Schleswig-Holstein till förmån för Landesbank Schleswig-Holstein och i Hessen genom en skrivelse av den 30 juli 1998 till förmån för Landesbank Hessen-Thüringen. Vad gäller den sistnämnda transaktionen begärde kommissionen upplysningar från Tyskland genom en skrivelse av den 31 juli 1998. Genom en skrivelse av den 2 oktober 1998 svarade Tyskland att det i detta fall bara rörde sig om ett planeringsutkast och att kommissionen inte hade skäl till oro, vare sig nu eller senare.

- (3) Först undersökte kommissionen överlåtelserna av tillgångar till Westdeutsche Landesbank (WestLB), men förklarade att den kommer att pröva överlåtelserna till andra banker mot bakgrund av resultaten i detta ärende ⁽²⁾. I detta fall fattade kommissionen slutligen beslut 2000/392 av den 8 juli 1999 om en åtgärd som Tyskland genomfört till förmån för Westdeutsche Landesbank Girozentrale ⁽³⁾, genom vilken stödåtgärden (differensen mellan den ersättning som utbetalats och den marknadsmässiga ersättningen) förklarades oförenlig med den gemensamma marknaden och återbetalning av stödet krävdes. Detta beslut hävdades av förstainstansrätten den 6 mars 2003 p.g.a. bristfällig motivering avseende två element som använts för att beräkna ersättningsnivån ⁽⁴⁾. Den 20 oktober 2004 fattade kommissionen ett nytt beslut som tog hänsyn till domstolens kritik.

- (4) Den 1 september 1999 översände kommissionen en begäran om upplysningar till Tyskland beträffande överlåtelserna till övriga delstatsbanker, bl.a. Landesbank Hessen-Thüringen (Helaba). Genom en skrivelse av den 8 december 1999 översände Tyskland sedan upplysningar

⁽²⁾ EGT C 140, 5.5.1998, s. 9 (Meddelande om att inleda förfarandet).

⁽³⁾ EGT L 150, 23.6.2000, s. 1. Mot detta beslut riktades klagomål från Tyskland (mål C-376/99), Nordrhein-Westfalen (mål T-233/99) och WestLB (mål T-228/99). Kommissionen väckte talan om fördragsbrott (mål C-209/00).

⁽⁴⁾ Beslut av den 6 mars 2003 i förenade målen T-228/99 och T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale och Land Nordrhein-Westfalen, REG 2003, II-435.

⁽¹⁾ EUT C 72, 26.3.2003, s. 3.

om överlåtelsen av delstatens särskilda fondmedel till Helaba, som efter ytterligare en begäran om upplysningar från kommissionen av den 31 oktober 2000 kompletterades med en skrivelse från tyska regeringen av den 21 januari 2001.

- (5) Genom en skrivelse av den 13 november 2002 upplyste kommissionen Tyskland om sitt beslut att inleda ett formellt förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget avseende överföringen av delstaten Hessens särskilda tillgångar som passivt deläggande i Helaba. Samtidigt inledde kommissionen också förfaranden om liknande överlåtelser av tillgångar på Norddeutsche Landesbank – Girozentrale (NordLB), Landesbank Schleswig-Holstein – Girozentrale (LSH), die Hamburgische Landesbank – Girozentrale (HLB) och Bayerische Landesbank – Girozentrale (BayernLB). Tidigare hade kommissionen redan i juli 2002 inlett ett förfarande om en annan liknande överlåtelse av tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande som delstaten Berlin genomfört till förmån för Landesbank Berlin.
- (6) Besluten om att inleda förfarandet offentliggjordes i Europeiska unionens officiella tidning⁽⁵⁾. Kommissionen uppmanade övriga berörda parter att inkomma med synpunkter.
- (7) Genom en skrivelse av den 9 april 2003 lämnade Tyskland synpunkter på att inleda ett förfarande i ärendet Helaba.
- (8) Genom en skrivelse av den 29 juli 2003 lämnade BdB synpunkter på alla beslut av den 13 november 2002 om att inleda förfaranden. Skrivelsen överlämnades av Tyskland den 28 juli 2003 med en uppmaning att inkomma med synpunkter.
- (9) Genom skrivelser av den 10 oktober och den 4 december 2003 lämnade Tyskland synpunkter på BdB:s utläggningar i ärendet Helaba. Genom en skrivelse av den 30 oktober 2003 översände Tyskland dessutom synpunkter från delstatsregeringen i Nordrhein-Westfalen och WestLB om synpunkterna från Bundesverband deutscher Banken.
- (10) Genom en skrivelse av den 7 april 2004 begärde kommissionen närmare upplysningar från Tyskland i alla förfaranden rörande delstatsbankerna, särskilt Helaba, vilket skedde genom skrivelser av den 19 maj 2004 och 3 augusti 2004. Tyskland översände sina svar genom skrivelser av den 1 juni 2004, 23 juni 2004 och 23 augusti 2004.
- (11) I september och oktober 2004 fördes samtal mellan BdB, delstaten Hessen och Helaba om lämplig ersättning för det kapital som ställts till förfogande. Man kom inte till någon

uppgörelse. Genom en skrivelse av den 28 september 2004 inkom BdB ånyo med synpunkter på förfarandet. Kommissionen uppmanade därpå Tyskland att inkomma med ytterligare synpunkter som översändes genom skrivelser av den 1 oktober 2004 och den 6 oktober 2004.

II. INGÅENDE BESKRIVNING AV ÅTGÄRDEN

1. HELABA

- (12) Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (Helaba) med säte i Frankfurt am Main och Erfurt är med en balansräkning för hela koncernen på omkring 140 miljarder euro (den 31 december 2003) en av Tysklands största banker. Bankens balansräkning omsluter omkring 130 miljarder euro, vilket gott och väl motsvarar 90 % av koncernens totala balansräkning. Banken är ett offentligägt kreditinstitut och verkar som offentlig institution. Bankens ägare och garantier är sedan den 1 januari 2001 Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen (med en andel på 85 %) – som vid tidpunkten för överföringen i slutet av 1998 var enda ägare och garant – delstaten Hessen (med en andel på 10 %) och delstaten Thüringen (med en andel på 5 %). Enligt årsrapporten för år 2003 hade koncernen en kapitalbas på omkring 4,1 miljarder euro. Den 31 december 2003 uppgick koncernens primärkapitalkvot till 7,8 % och dess kapitalbaskvot till 11,3 %.
- (13) På grund av sin ägarstruktur fungerar Helaba som delstaten Hessens och fristaten Thüringens mest anlitade bank och centralt finansinstitut för sparbankerna i Hessen och Thüringen. Därutöver verkar Helaba som kund- och marknadsinriktad affärsbank som framför allt gör affärer med storkunder. Banken är också partner till offentliga kunder och bistår delstater och kommuner i samband med finansiering och genomförande av investeringsprojekt. Genom sitt delägarskap i delstaternas stödinstitut (*Landesförderinstituten*) stödjer Helaba ekonomi- och strukturpolitiska målsättningar i Hessen och Thüringen.
- (14) Den 31 december 2003 sysselsatte Helabakoncernen omkring 3 500 medarbetare. Helaba finns i viktiga finanscentra världen över. Utöver sina två huvudkontor i Frankfurt am Main och Erfurt, är banken internationellt representerad i bl.a. London, New York, Zürich, Dublin, Madrid, Paris och Luxemburg.

2. ÖVERFÖRINGEN AV DE SÄRSKILDA FONDMEDELN "BOSTADS- OCH FRAMTIDSVÄSTERING" SOM PASSIVT DELÄGGANDE TILL HELABA

- (15) Genom en lag av den 17 december 1998 inrättade delstaten Hessen en särskild fond kallad Bostads- och framtids-

⁽⁵⁾ NordLB: EUT C 81, 4.4.2003, s. 2; BayernLB: EUT C 81, 4.4.2003, s. 13; HLB: EUT C 81, 4.4.2003, s. 24; Helaba: EUT C 73, 26.3.2003, s. 3 och LBKiel: EUT C 76, 28.3.2003, s. 2.

investering ("Wohnungswesen und Zukunftsinvestition"). Hessens finansministerium bemyndigades att, mot en marknadsmässig ersättning som tillförs fonden, helt eller delvis överföra den till ett kreditinstitut i form av ett passivt deläggande eller som kapitaltillskott i någon annan banktillsynsrättsligt godkänd form.

en avgränsad enhet. Enligt Tyskland skulle en periodisk värdering av lån som delas upp mellan olika institut bli mycket dyr. Delstaten skulle f.ö. ha förlorat i flexibilitet på att förskjuta tyngdpunkten mellan olika målsättningar med stödet.

- (16) Den särskilda fonden omfattar delstatens utestående fordringar från de lån till socialt bostadsbyggande som beviljats mellan 1948 och 1998. Den 31 december uppgick den totala låneportföljen till 7,829 miljarder tyska mark (delstatens andel uppgick till 6,026 miljarder mark). Dess kontantvärde bedömdes av två oberoende sakkunniga till 2,473 miljarder mark (1,264 miljarder euro). Genom ett avtal av den 31 december 1998 mellan delstaten Hessen och Helaba som trädde i kraft den 31 december 1998 överfördes denna särskilda fond i form av passivt deläggande till Helaba.
- (17) Enligt en avtalsgrundad omvärdering utförd av en sakkunnig den 31 december 2003 uppgick tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande till [...] (*) miljoner euro. Uppskrivningen av värdet är resultatet av att intäkterna överstigit utgifterna för tillgångarna sedan 1999. Fram till den avslutande avstämningen med Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (ungefär "finansinspektionen", BaFin) – f.d. Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (ungefär "bankinspektionen", BAKred) – om resultatet av den sakkunniges värdering per den 31 december 2003 hade Helaba liksom tidigare emellertid bara tillgång till gällande referensbelopp.
- (18) Ett likviditetstillskott eller vinstinflöde för banken har ingen koppling till överföringen av den särskilda fonden i form av passivt deläggande. Inkomsterna (räntor och återbetalningar) från bostadslånen kommer inte banken till godo utan i stället den särskilda fonden och skall sedan åter kanaliseras tillbaka till bostadsbyggandet.
- (19) Överföringen av den särskilda fonden till Helaba skall ses mot bakgrund av delstatens försök att strama upp och effektivisera alla sina stöd- och strukturpolitiska instrument.
- (20) Enligt uppgift från Tyskland hade delstaten först övervägt att bjuda ut och låta högstbjudande privata intressenter kontant köpa utestående lån till bostadsbyggande uppdelade i flera delar. En uppdelning av den särskilda fonden hade visserligen haft fördelen att antalet möjliga bankpartner skulle ha ökat för delstaten, eftersom antalet intressenter som skulle vilja förvalta en fond värd omkring 2,3 miljarder euro redan från början är starkt begränsat. Mot detta talade emellertid att den särskilda fonden i egenskap av reinvesterande fond använder avkastningen från de utställda lånen för att refinansiera den och därigenom utgör
- (21) Därför beslöt delstaten att behålla de tillgångar som var avsedda för bostadsbyggande i odelat skick, att fortsätta använda inkomsterna till stöd för bostadsbyggande och ekonomisk utveckling, att organisera förvaltningen av tillgångarna så effektivt och billigt som möjligt samt att genom annan användning av fordringarna generera extra inkomster.
- (22) Mot bakgrund av dessa överväganden förklarade sig Helaba redo att som reserv ta hand om och förvalta de totala fordringarna, vars totala volym uppgick till 2,473 miljarder mark (1,264 miljarder euro). Något som också talade för en överlåtelse på Helaba var att banken redan 1953 började ansvara för delstatliga förvaltningsbolag (*Landestreuhandstellen*) och förvalta avvecklingen av stödprogram. Helaba skall enligt det statliga avtalet och sina egna stadgar följa allmänekonomiska principer i sina affärer. Dessa tre faktorer övertygade delstaten om att Helaba är det institut som är bäst lämpat att vara delstatens bankpartner i förverkligandet av målsättningarna i lagen om särskilda fonder.
- (23) I enlighet [...] med paragraf 10.4 i tyska banklagen (*Kreditwesengesetz*) av den 30 december 1998 försåg delstaten banken med den särskilda fonden som ett "passivt kapitaltillskott" i form av ett internt partnerskap. Detta innebär att delstaten i enlighet med paragraf 230 ff. i tyska handelslagen (*Handelsgesetzbuch*) har inlett ett passivt partnerskap med Helaba, dvs. ett partnerskap där den passiva parten har en kapitalandel i ett annat företag som omfattar överföringen av ett bidrag till det verksamma företags tillgångar.
- (24) Enligt [...] var syftet med tillskottet att "permanent fungera som garantikapital i form av eget kapital i banken, nämligen i form av primärt kapital i den mening som avses i paragraf 10.2 och 10.2 a första meningen samt i paragraf 4 i tyska banklagen, särskilt med hänsyn till de krav som formulerats av Basiskommittén för banktillsyn (*Basler Ausschuss für Bankenaufsicht* – bank för internationella betalningsavräkningar) den 27 oktober 1998".
- (25) För att ett passivt deläggande skall räknas till kreditinstitutens garantikapital i den mening som avses i paragraf 10.4 i tyska banklagen skall denna ägarandel till fullo räknas in i en eventuell förlust och betalas tillbaka först efter det att alla fordringar återbetalats, om ett institut går i konkurs eller läggs ned. Då det passiva deläggandet enligt avtalet inte kan

(*) Förtroliga uppgifter markeras nedan med [...].

håvas av delstaten Hessen, faller den enligt uppgifter från Tyskland inte inom den femtonprocentsgräns för innovativa finansinstrument som fastlagts av, utan klassas av BAKred tillfullo som förstklassigt garantikapital (primärt kapital).

- (26) Enligt Tyskland utnyttjade inte delstaten alternativet att inte överföra de tillgångar som var avsedda för bostadsbyggande som passivt deläggande utan som aktiekapital, eftersom den vid den aktuella tidpunkten inte ville gå in som andelsägare och garant. Detta var heller ingenting som den dåvarande ende ägaren, Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, önskade.
- (27) Den överlåtelse av kapital på Helaba som delstaten Hessen genomförde 1998 skedde inte under samma tid som de tidigare överlåtelserna av tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande på delstatsbanker i Tyskland, vilka också är föremål för ett klagomål från BdB och genomgår ett granskningsförfarande från kommissionens sida. Enligt Tyskland fungerade dessa i viss mån som en förebild för delstaten Hessen, även om man i samband med överlåtelsen av kapital på Helaba tog hänsyn till den senaste utvecklingen på kapitalmarknaden och inom banktillsynslagstiftningen i riktning mot en ökad tillämpning och ett erkännande av hybridiserade och innovativa instrument för eget kapital. Sådana instrument förekom ännu inte i denna form eller omfattning i det tidiga 90-talets Tyskland och kunde därför inte bli föremål för inspektion.

3. KAPITALFORDRINGAR ENLIGT
KAPITALBASDIREKTIVET OCH
KAPITALTÄCKNINGSDIREKTIVET

- (28) Banklagen har ändrats enligt rådets direktiv 89/647/EEG ⁽⁶⁾ (kapitaltäckningsdirektivet) och rådets direktiv 89/299/EEG ⁽⁷⁾ (kapitalbasdirektivet), enligt vilka bankerna skall förfoga över ett garantikapital på 8 % av sina riskjusterade tillgångar. Minst fyra procentenheter därav skall utgöra s.k. primärt

kapital ("Tier 1-kapital"), som skall omfatta kapitalposter vilka kreditinstitutet har omedelbar och obegränsad tillgång till för att kunna täcka risker eller förluster när sådana uppstår. Det primära kapitalet är av avgörande betydelse vid bedömningen av hur mycket eget kapital en bank enligt beräkningar med stöd i banktillsynslagstiftningen förfogar över, medan supplementärt kapital ("Tier 2-kapital") endast kan godkännas som garanti för transaktioner med hög risk upp till en nivå som motsvarar bankens primära kapital.

4. ÖVERFÖRINGENS EFFEKTER PÅ HELABAS KAPITALBAS

- (29) Nivån på ett kreditinstituts affärer är i hög grad beroende av dess kapitalbas. Den ökade avsevärt genom överlåtelsen av den särskilda fonden på Helaba.
- (30) Det passiva deläggande som förts in i Helabas balansräkning och enligt finansinspektionens regler definierats som primärt kapital är enligt oberoende bedömning värt 2,473 miljarder mark (1,264 miljarder euro). Av detta belopp förfogar Helaba över ett årligen fluktuerande belopp på omkring 2,3 miljarder mark (omkring 1,2 miljarder euro) som potentiellt kan användas till stöd för bankens konkurrensutsatta verksamhet. Resten av ägarandelen är enligt uppgift från Tyskland bunden som kapitaltäckning för fondens fordringar. I det ovannämnda avtalet enades emellertid delstaten Hessen och Helaba om ett progressivt system som innebär att Helaba under åren 1999–2002 i realiteten endast skall använda en årligen stigande del av det användbara primära kapitalet för att finansiera konkurrensutsatt verksamhet och att i gengäld endast detta delbelopp måste ersättas. Först från och med år 2003 skulle det av finansinspektionen godkända beloppet, om detta inte krävs för investeringsaffärer, till fullo kunna användas till att finansiera konkurrensutsatt verksamhet. De exakta belopp som står till Helabas förfogande som primärt kapital vilket kan användas till eller faktiskt används inom konkurrensutsatt verksamhet framgår av tabellen:

⁽⁶⁾ EGT L 386, 30.12.1989, upphävt och ersatt genom direktiv 2000/12/EG, EGT L 126, 26.5.2000.

⁽⁷⁾ EGT L 124, 5.5.1989, upphävt och ersatt genom direktiv 2000/12/EG.

Tabell

Omfattning, godkännande enligt finansinspektionens regler och användning resp. möjlighet att använda sig av det passiva delägandet (i miljoner euro; årliga värden = genomsnittliga årliga värden) ⁽⁸⁾

	1999	2000	2001	2002	2003
Nominellt värde i balansräkningen	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
Primärt kapital som enligt finansinspektionens regler godkänts för att täcka risktillgångar	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
Kapital som används för att täcka investeringar	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Primärt kapital som kan användas i konkurrensutsatt verksamhet, men som inte får användas på detta sätt enligt överenskommen om en progressiv modell	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Primärt kapital inom ramen för den s.k. progressiva modellen kan användas eller faktiskt används för att finansiera konkurrensutsatt verksamhet	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(31) Fram till det avslutande avtalet med finansinspektionen om resultatet av den oberoende värderingen av investeringstillgångarna den 31 december 2003 hade Helaba, precis som tidigare, [...] miljoner euro som referensbelopp till sitt förfogande (vilket kunde användas till konkurrensutsatt verksamhet).

(32) Till följd av kapitalöverlåtelsen steg, enligt uppgift från Tyskland, andelen primärt kapital som enligt Baselavtalet om kapitalbaser anmälts till bankinspektionen, numera finansinspektionen, från 5,4 % (31 december 1997) till 9,3 % (31 december 1998) och kapitalbasens andel från 9,6 % (31 december 1997) till 13,1 % (31 december 1998). De anmälda andelarna primärt kapital och baskapital steg alltså med omkring 72 % respektive 36 %.

(33) Genom ett tillskott av kapital ökade Helabas möjlighet att expandera verksamheten med risktillgångar som skall värderas till 100 % – under antagande av en multiplikationsfaktor på 12,5, vilket motsvarar en kapitalbasandel på 8 % – med omkring 28 miljarder mark (14 miljarder euro). I själva verket hade den tillåtna kreditvolymen kunnat ökas än mer i och med ökningen av kapitalbasen med 2,3 miljarder euro, eftersom tillgångarna i en bank normalt inte bär en genomsnittlig risk på 100 %.

(34) Eftersom höjningen av det primära kapitalet gav Helaba möjlighet att anskaffa ytterligare kapital ökade bankens utlåningskapacitet än mer.

⁽⁸⁾ Skrivelse från Tyskland av den 23 juni 2004, s. 2–7.

- (35) I tabellen nedan sammanfattas den absoluta och relativa utvecklingen av Helabas primära kapital, inklusive delstaten Hessens överförda passiva deläggande och annat passivt deläggande som överförts sedan 1997. En distinktion görs mellan en situation som godkänts av finansinspektionen och en situation som motsvarar den avtalade progressiva modellen.

Figur: Värde vid årets slut		1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
		Miljoner euro	Miljoner euro	Miljoner euro	Miljoner euro	Miljoner euro	Miljoner euro	Miljoner euro
Enligt finansinspektio- nens regler	Passivt deläggande, bidrag från delstaten Hessen	—	1 023	1 264	1 264	1 264	1 264	1 264
	Övrigt passivt delä- ggande	153	153	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Primärt kapital	1 449	2 579	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Andel passivt delä- ggande i %, bidrag från delstaten Hessen	—	40 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Andel övrigt passivt deläggande i %	11 %	6 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Enligt den avtalade progressiva planen	Passivt deläggande, bidrag från delstaten Hessen	—	—	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Övrigt passivt delä- ggande	153	153	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Primärt kapital	1 449	1 556	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Andel passivt delä- ggande i %, bidrag från delstaten Hessen	—	—	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Andel övrigt passivt deläggande i %	11 %	10 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

5. ERSÄTTNING FÖR DET KAPITAL SOM ÖVERLÅTITS

betala denna ersättning på grundval av den progressiva modellen, oberoende av om det passiva delägandet används för att finansiera konkurrensutsatt verksamhet eller den verksamhet som banken bedriver inom ramen för sitt offentliga uppdrag eller om det tillskjutna kapitalet över huvud taget används till betalningar.

- (36) Delstaten betalade enligt uppgift från Tyskland Helaba en årlig ersättning för det passiva innehavet för det passiva innehavet (s.k. ansvarsprovision) på 1,4 %, som bestod av en årlig ersättning för ansvarsfunktionen på 1,2 % och ett påslag på 0,2 % för att innehavet var permanent och banken hade ensidig uppsägningsrätt, plus därmed förbunden skatt på den del av den särskilda fonden som banken hade rätt att utnyttja, totalt alltså 1,66 %. Enligt den s.k. progressiva modellen fanns dessutom ett avtal om att ersättningen de första fyra åren (1998–2002) inte skulle betalas i förhållande till det totala fondvärdet. I stället skulle det göras i förhållande till avtalade, årligen stigande delbelopp (referensbelopp) som enligt betalningsavtalet skulle användas för att finansiera konkurrensutsatt verksamhet. Enligt uppgift från Tyskland åligger det Helaba att

6. SKÄL TILL ATT INLEDA FÖRFARANDET

- (37) I sitt beslut av den 13 november 2002 om att inleda ett förfarande bedömde kommissionen preliminärt att delstaten Hessens överföring av tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande till Helaba antagligen var ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget, vilket inte föreföll förenligt med den gemensamma marknaden,

eftersom de undantag som anges i artikel 87.2 och 87.3 i EG-fördraget samt i artikel 86.2 i EG-fördraget inte var tillämplig.

(38) Utgångspunkten för kommissionens prövning var principen om en investerare i en marknadsekonomi. Enligt denna föreligger favorisering genom tillhandahållande av statliga medel om ett företag erhåller statliga medel på villkor som under normala marknadsförhållanden inte hade godtagits.

(39) Mot bakgrund av den långsiktiga riskbefriade räntenivån på omkring 4 % (statsobligationer med tioårig löptid) i slutet av 1998 ansåg kommissionen att det var tveksamt om den avtalade ersättningen kunde anses adekvat, särskilt med avseende på en lämplig riskpremie. Samtidigt medgav kommissionen att den bristande likviditeten i det kapital som tillförs måste beaktas vid fastställandet av vad som är marknadsmässig ersättning. De lånemedel för bostadsbyggande som tillhandahölls i form av ett passivt deläggande måste, på samma sätt som före överföringen, användas för offentliga byggfrämjande åtgärder. Därmed kunde Helaba inte använda det överförda kapitalet direkt i sin affärsverksamhet. Genom breddningen av basen för det egna kapitalet breddades också Helabas utlåningskapacitet (det egna kapitalets affärsutvidgningsfunktion). Banken kan emellertid inte utnyttja den möjliga omfattningen av den utökade affärsvolymen förrän den extra kreditvolymen till fullo refinansieras på kapitalmarknaden. Enligt kommissionens uppfattning kan delstaten alltså inte förvänta sig samma avkastning som någon som tillhandahåller likvida medel och en motsvarande nedsättning av ersättningen kan därför inte motiveras. Det är däremot tveksamt om ett avdrag motsvarande de totala bruttofinansieringskostnaderna från den marknadsmässiga ersättningen för en likvid passiv ägarandel kan godkännas med tanke på möjligheten att göra skatteavdrag för refinansieringskostnaderna.

(40) Kommissionen betvivlade att den grundläggande ersättning på 1,2 % årligen som avtalats för det passiva deläggandet ligger inom marknadsintervallet för jämförbara transaktioner, i synnerhet som den absoluta volymen föreföll ligga över den som annars gäller på marknaden. Den betvivlade vidare att påslaget på 0,2 % årligen för innehavets varaktighet var marknadsmässigt. Likaså ifrågasatte den om den extra skatten på näringsverksamhet om 0,26 % årligen som Helaba skulle betala om banken återtog ett passivt deläggande från affärsdrivande investerare kan betraktas som relevant för marknadsjämförelsen.

(41) Därutöver betvivlade kommissionen om en investerare i en marknadsekonomi i en liknande situation hade inlåtit sig på att begränsa ersättningen till att gälla delbelopp under de första åren. I detta sammanhang skall det dessutom undersökas om Helaba inte hade ytterligare ersättningspliktiga fördelar av den del av det passiva deläggandet som det inte erlagts någon ersättning för, i synnerhet förhöjt kreditvärde. Detta bör ske eftersom det passiva deläggandet från första början fördes upp i balansräkningen i sin helhet och därigenom kunde användas som säkerhet.

III. TYSKLANDS SYNPUNKTER

(42) Tyskland förklarade att delstaten Hessen åren 1997 och 1998 sökte möjligheter till nya inkomster från sina tillgångar avsedda för bostadsbyggande genom att överföra dem till ett kreditinstitut, dock utan åsidosättande av de ändamål som tillgångarna var avsedda för. Tillgångarna skulle bibehållas i odelad form. Endast Helaba var redo att gå med på dessa villkor. Helabas aktieägare skulle inte ha godkänt att delstaten genomfört en investering med aktiekapital. Därför var ett passivt deläggande det enda kapitalinstrument som kunde komma i fråga.

(43) Enligt Tyskland stämde ingen av kommissionens synpunkter på övriga delstatsbanker in på Helaba. Banken är dels lönsam och dels fri från problemet med förhållandevis litet eget kapital. Den har heller inte varit hänvisad till överföringen av fondtillgångar för att bibehålla sin nuvarande affärsvolym eller främja sin tillväxt. Helaba har kunnat täcka sitt kapitalbehov genom såväl sina aktieägare, Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, som på kapitalmarknaden.

(44) Baselkommittén för banktillsyn offentliggjorde den 21 oktober 1998 i den s.k. "Sydneyförklaringen" nya riktlinjer för internationellt verkssamma kreditinstitut som gäller erkännande av kapitalinstrument enligt rådande inspektionsregler. Efter att ha tagit del av dessa riktlinjer förordade delstaten och banken att upplåningen av medel inte skulle tidsbegränsas, för att överensstämma med de nya bestämmelserna och kunna få tillgångarna godkända som primärt kapital över 15 %-gränsen. Delstaten krävde emellertid en extra ersättning på 0,20 % årligen för ägarandelens varaktighet och bankens ensidiga uppsägningsrätt.

(45) Enligt Tyskland har Baselkommitténs redan omnämnda Sydneyförklaring givit upphov till en flexibel marknad för passivt deläggande, som på investerarsidan präglas av en kraftig diversifiering med allt mellan privata investerare och institutionella storinvesterar.

(46) Ett passivt deläggande skiljer sig härvidlag på ett grundläggande sätt från en andel i aktiekapitalet. Den passiva delägaren har inget innehav i företaget och besitter endast rudimentära kontrollrättigheter. Medan tecknade aktier måste ersättas genom utdelning efter skatt, är ersättningen för ett passivt deläggande en driftsutgift som kan tas upp för skatteavdrag. Enligt tysk banklagstiftning hade passivt deläggande redan före 1998 godkänts som primärt kapital utan beloppsbegränsningar. Dessutom godkändes permanent passivt deläggande som primärt kapital i och med Sydneyförklaringen i oktober 1998. Åren 1998–1999 började kreditinstituten i allt högre grad använda sig av passivt deläggande. De berörda beloppen låg uppåt 1 miljard amerikanska dollar eller 1,2 miljarder mark (omkring 0,6 miljarder euro). Från att inte ha varit särskilt vanliga i

början av nittioalet, var passivt deläggande inte alls längre något marginellt finansieringsinstrument åren 1998–1999.

(47) I samband med den rättsliga utformningen av ersättningen och avtalandet om denna utgick delstaten från liknande transaktioner som utförts av privata kreditinstitut. Enligt uppgift från Tyskland hade exempelvis SGZ-bank 1998 avtalat om en ansvarsavgift på omkring 1,2 % årligen och HypoVereinsbank Luxemburg hade avtalat om en ersättning på 1,6 % årligen. År 1999 avtalade Dresdner Capital LLC om en ersättning på 1,65 % årligen, HypoVereinsbank Luxemburg avtalade om en på 1,25 % årligen. Deutsche Bank avtalade om en sådan ersättning på 1,15 % över gällande referensränta genom ett s.k. perpetualinstrument. De extra ersättningarna för de medel som lånats från privata institut låg i princip inom en korridor mellan 0,80 % över Libors tolv månadersränta⁽⁹⁾ och 2,15 % över amerikanska federala lån⁽¹⁰⁾. Därutöver hade sparbankerna i Hessen und Thüringen fr.o.m. den 5 december 1997 beviljat Helaba ett passivt deläggande, där ersättningen låg 1,2 % årligen över referensräntan.

(48) Tyskland förklarar vidare att när rörlig ränta tillämpas är räntenivån kopplad till ett penningmarknadsinstrument (Libor och Euribor) och när fast ränta tillämpas är den kopplad till ett räntemarknadsinstrument (statliga lån med fast ränta såsom amerikanska eller tyska statsobligationer) eller till swapmarknadens räntenivåer. På euroområdet penningmarknad skedde utlåningarna på interbankmarknaden vanligen utan andra premier på grundval av Libor eller Euribor. Så långt dessa referensräntor valdes för passivt deläggande är premierna identiska med ansvarspremien för passivt deläggande. På räntemarknaden tillämpades normalt intäkterna från statsobligationer som referensränta och sedan slutet av 1990-talet i tilltagande grad "Mid-Swaps" (=medelvärde av gapet mellan köp- och säljkurserna på swapmarknaden). Även för bankobligationer med förmånsrätt var bankerna tvungna att av kreditvärdighets- eller likviditetsskäl erlagga en premie som skiftar efter det aktuella marknadsläget, jämfört med statsobligationer med samma termin. Denna premie kallas refinansieringspremie. För att bedöma kreditinstitutets bidrag med fast ränta till det passiva deläggandet skall därför sådana refinansieringspremier dras av från ersättningspåslagen.

(49) Dessa refinansieringspremier för banker inom euroområdet (Senior Bonds, JP Morgan-Index) hade enligt uppgift från Tyskland rört sig i mellan knappt 20 till drygt 40 baspunkter under de två åren 1998 och 1999 och. Mot slutet av 1998 uppgick de till knappt 40 baspunkter⁽¹¹⁾. Om swapsatsen ("mid-swaps") väljs som referensvärde, motsvarar räntepremien för ett passivt deläggande däremot

den särskilda ansvarspremien för det passiva deläggandet, eftersom räntepremien från swapsatsen relativt de federala lånen i marknadshänseende ungefär motsvarar räntepremien för bankers "täckta" skuldförbindelser i förhållande till federala lån och därför kan omvandlas till räntepremier relativt Euribor.

(50) Överläggningarna mellan delstaten och banken om tillskottet och ersättningen fördes som om de vore två oberoende parter. De kom fram till den slutligen avtalade ersättningen på 1,4 % årligen (1,2 % plus en premie på 0,2 % för ägarandelens varaktighet och bankens ensidiga uppsägningsrätt) utifrån den ovannämnda korridoren och med hjälp av en rad uppgifter från marknaden, såsom den gestaltade sig vid den tidpunkten.

(51) I fråga om premien för ägarandelens varaktighet förklarar Tyskland i detalj att det förekom jämförbara transaktioner som hade terminer på 10, 12 och 32 år eller t.o.m. de som var obegränsade. Premien på 0,2 % årligen för ägarandelens varaktighet är marknadsmässig med avseende på Helabas kreditbetyg AAA/Aaa vid den berörda tidpunkten, vilket inget av jämförelseinstitut kunde uppvisa. De kapitalmarknadstransaktioner som tjänade som jämförelsematerial tydde f.ö. inte på någon koppling mellan ersättningens omfattning och de upptagna medlen, vare sig ur institutets (emissionens totala belopp) eller investerarens synvinkel (det tecknade delbeloppet).

(52) Utöver ersättningen på 1,4 % måste Helaba dessutom erlagga skatt på näringsverksamhet – detta krav åligger inte delstaten Hessen – vilket ger en total beskattning på 1,66 % (före övriga skatter). Enligt Tyskland måste man därför beakta en effekt av skatten på näringsverksamhet jämfört med ersättningen på 0,26 % årligen i förhållande till Helabas passiva deläggande. I Tyskland erlagger verksamma investerare skatt på näringsverksamhet för vinstandelar från passivt deläggande. Delstaten Hessen är emellertid inte skyldig att erlagga näringskatt. I stället måste Helaba betala den skatt på näringsverksamhet som gäller ersättningen för det passiva deläggandet. En institutionell investerare i en marknadsekonomi skulle därför ha krävt en högre avgift än delstaten, för att kompensera för sina utlägg i form av näringskatt. Å andra sidan hade Helaba utan tvekan varit berett att betala ett ersättningspåslag till en sådan investerare, eftersom det inte spelar någon roll om man betalar påslaget som avgift till en investerare eller skatt på näringsverksamhet till skattemyndigheten. Om effekten av en skatt på näringsverksamhet på 0,26 % årligen räknas in, uppgick den skatt som Helaba måste erlagga för ersättningskravet på 1,40 % i fråga om det passiva

⁽⁹⁾ Jfr Tysklands skrivelse av den 9 april 2003, s. 25: delbelopp med rörlig ränta ur det passiva deläggande på 700 miljoner amerikanska dollar med en löptid på tio år som Deutsche Bank tog upp i januari 1998.

⁽¹⁰⁾ Jfr Tysklands skrivelse av den 9 april 2003, s. 25: delbelopp med rörlig ränta ur det passiva deläggande på 1000 miljoner amerikanska dollar med en löptid på 32 år som Deutsche Bank tog upp i januari 1998.

⁽¹¹⁾ Se figur i bilaga 15 till Tysklands skrivelse av den 9 april 2003.

delägandet till totalt 1,66 % årligen, vilket helt klart ligger inom marknadskorridoren och utgör resultatet av överläggningarna mellan Helaba och delstaten Hessen.

- (53) Enligt uppgift från Tyskland kunde Helaba i deklarationen dra av den erlagda ersättningen som en driftsutgift. Det är endast i kapitaltäckningsberäkningen som passivt deläggande ses som eget kapital. I bolags- och skatterättsligt hänseende betraktas det som främmande kapital.
- (54) Banken behövde bara [...] miljoner euro för sin årliga tillväxt, medan värdet på tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande som garantikapital ur ett banktillsynsperspektiv uppgick till över [...] miljarder mark. Enligt uppgift från Tyskland tog Helaba inte upp något passivt deläggande på omkring 2,5 miljarder mark vid ett enda tillfälle, eftersom detta belopp skulle ha täckt bankens behov av eget kapital för flera år. I själva verket vände sig banken i stället till kapitalmarknaden vid flera tillfällen. Trots att dessa effekter belastade Helabas tillgångar, avtalades inte om någon minskning av ersättningsnivån på 1,4 %. I stället kom delstaten och Helaba överens om att som övergångslösning gradvis börja ta i anspråk och betala avgift för det passiva deläggandet (den s.k. "progressiva modellen"). Banken eftersträvade alltså en lösning, där den endast skulle behöva betala ersättning för innehavet i enlighet med de tillväxtmål som gjorts upp med ägarna, dvs. i nivå med sin faktiska täckning av risktillgångarna. Detta var emellertid för ogynnsamt för delstaten Hessen och därför inte godtagbart. Efter överläggningarna om en jämkning av motstridiga intressen avtalades en lösning med årligen stigande delbelopp, för vilka ersättning skall utbetalas (1999: [...] miljoner mark, 2000: [...] miljarder mark, 2001: [...] miljarder mark, 2002: [...] miljarder mark, 2003: [...] miljarder mark, dvs. den övre gränsen för disponibelt primärt kapital). Genom denna s.k. progressiva modell fick man en betydligt snabbare tillväxt de första åren än den tillväxt som planen krävde. Styrelsen bad därför ledningen att godkänna en extra kapitalkvot på [...] miljoner för att täcka det egna kapitalet. Intäkterna skulle sedan kunna finansiera ersättningen för att se till att tillskottet användes på ett sätt som var neutralt i fråga om resultaten. Enligt Tysklands uppfattning visar detta att bankens överdrivna kapitalanskaffning inte ledde till att några ytterligare fördelar uteblev. Utan den extra kapitalkvoten hade bankens vinstsituation snarare belastats, eftersom ersättningen för de delar av den gradvis stigande kapitalandelen som inte täcktes av annan affärsverksamhet inte hade motsvarats av någon inkomst.
- (55) Således ökade de årligen stigande betalningsskyldigheterna till 33 miljoner mark 2003. Förutom ersättningen för det passiva deläggandet måste banken bära refinansieringskostnaderna för lånen.
- (56) Tyskland tillhandahöll närmare klargöranden om principen om investerare som agerar på marknadsmässig grund. Rättspraxis visar att en prestations eller motprestations marknadsmässighet skall bedömas utifrån investerarens synvinkel. Enligt Tyskland är det därför betänkligt när kommissionen, som i sitt beslut om att inleda ett förfarande, främst ville utgå från mottagarens synvinkel vid prövningen av huruvida Helaba erhållit en ekonomisk ersättning som banken inte skulle ha fått under normala marknadsvillkor.
- (57) Därför kan det inte vara rimligt att kommissionen, oberoende av om en investerare i en marknadsekonomi hade godtagit en gradvis stigande bedömningsgrund för ersättningen, vill pröva om Helaba inte utvann ytterligare fördelar ur den del av det passiva deläggandet för vilken ersättning inte utbetalas (förstärkning av den allmänna kreditvärdigheten). Enligt punkt 327 i WestLB- domen kan man inte uteslutande hänvisa till det enda företag som drar nytta av investeringen. Extra fördelar för mottagaren är oväsentliga, om en investerare i en marknadsekonomi – oberoende av skälen därtill – inte kräver ersättningspåslag för denna fördel. Inget institut hade varit redo att genast utbetala ersättning för den totala volymen, om det bara kunde utnyttja långsamt stigande delbelopp och heller inte hade någon användning för överskjutande belopp. Trots omfattningen på delstaten Hessens särskilda tillgångar avsedda för bostadsbyggande, ville delstaten placera dem i deras helhet hos ett enskilt kreditinstitut. I ett sådant fall hade en privat investerare aldrig krävt att ersättning omgående skulle utbetalas för hela tillskottet, utan först efter det att han funnit ett kreditinstitut som varit hänvisat till kapitaltillförsel i den berörda omfattningen p.g.a. en explosionsartad expansion av affärsverksamheten eller för att kompensera för massiva förluster. Detta var emellertid inte fallet. De andelar av det passiva deläggandet som Helaba under de första åren enligt banktillsynsreglerna inte alls kunde användas och enligt ägarnas uppfattning heller inte skulle använda, innebar inga som helst fördelar för banken.
- (58) På grundval av den progressiva modell som avtalades med delstaten Hessen utnyttjade Helaba bara delbelopp på omkring [...] miljoner mark årligen för att expandera den egna affärsverksamheten utöver den ovannämnda extra kvoten på omkring [...] miljoner mark. Den progressiva modellen kunde ekonomiskt jämföras med om flera passiva innehav skulle ha tecknats över tiden. De belopp som lånats från privata institut kan därför jämföras med de enskilda delbeloppen. Följaktligen kan man hävda att den berörda volymen var marknadsmässig. Delstaten kunde exempelvis inte begära någon ersättning för överföringen av fondmedlen i sin helhet, som f.ö. endast Helaba varit villig att ta emot, utan måste efter förhandlingarna i stället godta att ersättning endast utbetalades för gradvis stigande delbelopp inom ramen för denna investering.

(59) Någon ersättning i form av en växelborgenavgift hade med rätta inte utgått för tillskottet p.g.a. av dess garantifunktion. Detta var emellertid i sin ordning, eftersom banken tillsynsrättsligt sett inte utnyttjade det i omedelbar anslutning till utvidgningen av verksamheten. Det skulle inte ha varit ekonomiskt rimligt om ett kreditinstitut, som redan fått högsta möjliga kreditvärdighet hos alla värderingsinstitut, betalade för den garantifunktion som det extra upplånade kapitalet medförde. De villkor som gällde ifall institutet ville låna upp främmande kapital, skulle inte ha förbättrats ytterligare, varför heller ingen betydande fördel förelåg. Investeraren, i vars intresse hela kapital odelat sattes in i banken, skulle alltså inte ha kunnat kräva någon ersättning för garantifunktionen.

(60) De tvivel avseende bristande likviditet som kommissionen gav uttryck åt i beslutet om att inleda ett förfarande var delvis ett resultat av den metod som tillämpades i WestLB-beslutet, vilket på grund av de stora faktiska skillnaderna inte kan tillämpas i föreliggande fall. Enligt Tyskland skulle det i detta fall vara lämpligare att jämföra brutto- och inte bara nettofinansieringskostnaderna för ersättningen. Det likvida passiva delägendet borde dessutom dras av, eftersom också privata kreditinstitut har rätt att i sina deklarationer dra av ersättningen för likviditetsfunktionen i det passiva deläggande som de tagit emot. Om bara nettofinansieringskostnaderna drogs av från den fiktiva ersättningen för det likvida passiva deläggandet i fallet Helaba, måste man förfara på samma sätt med den ersättning som privata kreditinstitut faktiskt erlagt för det likvida passiva deläggandet. Annars skulle jämförelsen halta.

IV. SYNUNKTER FRÅN BERÖRDA PARTER

1. SYNUNKTER FRÅN KLAGANDEN BDB

(61) Enligt BdB:s uppfattning har Helaba inte betalat någon rimlig ersättning för det primära kapital som skjutits till och därigenom erhållit statligt stöd.

(62) I sina synpunkter av den 29 juli 2003 på det förfarande som inleddes den 13 november 2002 mot delstatsbankerna fastslår BdB att frågan om lämplig ersättning skall avgöras enligt den metod som låg till grund för kommissionens beslut om WestLB.

(63) Därför skall i en första fas det kapital som ställts till förfogande jämföras med andra instrument för egna medel. I en andra fas gäller det att fastställa den lägsta ersättning som en investerare skulle förvänta sig för en konkret investering med egna medel i delstatsbanken. Avslutningsvis skall en beräkning göras av de premier som erlagts eller avdrag som gjorts p.g.a. överlåtelsens särskilda förutsättningar.

1.1. JÄMFÖRELSE MED ANDRA INSTRUMENT FÖR EGNA MEDEL

(64) Nästan alla delstatsbanker behövde enligt uppgift från BdB nytt kapital fr.o.m. 1992, för att efterkomma de striktare kraven i det nya kapitaltäckningsdirektivet. Utan dessa kapitalökningar hade delstatsbankerna varit tvungna att dra ned på sin verksamhet. Därav kan man, enligt BdB, dra slutsatsen att denna kapitaltillförsel endast kan jämföras med sådana instrument för egna medel som var erkända och stod till förfogande som primärt kapital (förstklassigt garantikapital). Vid en jämförelse utesluts därför preferensaktier utan rösträtt, vanliga preferensaktier och s.k. perpetual preferred shares. I Tyskland är dessa tre instrument för eget kapital inte godkända som primärt kapital – där betraktas de bara som supplementärt kapital (andra klassens garantikapital).

(65) Under respektive investeringsperioder var det bara aktiekapital och passivt deläggande som godkändes i Tyskland. Enligt BdB:s uppfattning kunde Helaba rättsligt endast använda sig av aktiekapital för den konkreta investeringen. BdB bestrider därvid inte själva godkännandet från de berörda myndigheternas sida. Förbundet framhåller snarare att ett sådant godkännande inte var tillåtet, eftersom det passiva deläggande som avtalats med delstaten Hessen ekonomiskt och juridiskt inte var jämförbar med "normalt" passivt deläggande, utan snarare enbart med aktiekapital. När nu ett sådant godkännande faktiskt lämnats måste åtminstone ersättningen för delstaten Hessens passiva deläggande ligga i linje med ersättningen för aktiekapital, eftersom en investerare i en marknadsekonomi hade krävt en sådan ersättning p.g.a. det passiva deläggandets likhet med aktiekapital och dess konkreta riskstruktur.

(66) I samband med detta analyserar BdB utifrån en rad kriterier, varför delstaten Hessens passiva deläggande enligt förbundets mening ekonomiskt och juridiskt bör jämföras med aktiekapital och inte med passivt deläggande i den form det vanligen förekommer på marknaden.

(67) BdB grundar huvudsakligen denna åsikt på att "normalt" passivt deläggande endast har begränsad löptid eller kan sägas upp och enligt de principer som tillämpas av Baselkommittén för banktillsyn inte kan användas för volymer som överstiger 15 % av det primära kapitalet, medan delstaten Hessens passiva deläggande har obegränsad löptid och medger att 15 %-gränsen överträds. Dessutom kan avtal om tillgångars efterstäldhet omöjligt ge investeraren reducerad risk, eftersom kapitaltillskottet utgör en betydande del av det primära kapitalet, ibland mer än 50 %. Därmed är det betydligt mer sannolikt att kapital-

tillskottet dras tillbaka i en förlustsituation, varför också en högre riskpremie måste erläggas. Därutöver gör BdB gällande att passivt deläggande enligt banktillsynslagstiftningen utan vidare kan betraktas som s.k. Lower-Tier-1-kapital och därmed – i enlighet med 1998 års Sydneyförklaring från Baselkommittén för banktillsyn – endast får utgöra 15 % av den erforderliga primärkapitalkvoten. Därmed kunde passivt deläggande inte användas för stora volymer som översteg denna gräns. Slutligen kan Deutsche Banks *perpetuals* som omnämns av Tyskland inte användas som måttstock för en rimlig ersättningsnivå, eftersom allihop låg under 15 %-gränsen och alltså inte hade varit något alternativ för Helaba i slutet av 1998.

- (68) Därtill kommer också att delstaten ställde sin ägarandel till Helabas förfogande utan egen möjlighet att säga upp den, det vill säga utan termin. Visserligen kan inte heller en aktieägare "säg upp" sitt aktiekapital, men han kan alltid fritt besluta sig för att sälja sina aktier och investera

tillgångarna någon annanstans. Oberoende av den närmare rättsliga utformningen saknas redan av det skälet en sådan möjlighet till överlåtelse, eftersom det i praktiken inte finns någon marknad för en kapitalinvestering, vare sig av denna omfattning eller med obegränsad löptid. Privata investerare skulle däremot som regel förbehålla sig rätten att dra tillbaka sitt kapital om resultaten förblev dåliga, för att kunna investera det på ett mer lönsamt sätt. Om en privat investerare alls skulle inlåta sig på en permanent bindning av riskkapital, skulle det ske mot en avkastning som motsvarar risken.

- (69) Den form av kapitaltillskott som valts här är därför en normal aktiekapitalinvestering, för vilken en investerare i en marknadsekonomi skulle förvänta sig en avkastning som motsvarar risken. Framför allt räcker det inte att bara ta hänsyn till den obegränsade löptiden genom en premie på den grundläggande avkastning som räknas ut genom en sådan jämförelse för ett (tidsbegränsat) passivt deläggande.

- (70) Nedanstående två tabeller visar de främsta skillnaderna mellan Helabas "passiva deläggande" och andra former av primärt kapital som stod till förfogande vid investeringstillfället:

	"Passivt deläggande" Helaba	Aktie-kapital	Passivt ägande	Stamaktier med företrädesrätt	Vanliga preferensaktier	Preferensaktier utan rösträtt
Finns på den tyska marknaden 1998	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja
Status enligt banktillsynslagstiftningen	Primärt kapital	Primärt kapital	Primärt kapital på vissa villkor och 15 %-gräns	Supplementärt kapital	Supplementärt kapital på vissa villkor	Supplementärt kapital eller primärt kapital med 15 %-gräns

	Aktiekapital	"Passivt deläggande" Helaba	Passivt engagemang
Tillämpligt på stora volymer	Ja	Ja	Nej
Obegränsad löptid	Ja	Ja	Nej
Investeraren saknar uppsägningsrätt	Ja	Ja	Ja
Deltagande i löpande förluster	Ja	Ja	Ja
Återbetalning från långivaren i fall av insolvens	Ja	Ja Ingen intern "efterställdhet" visavi aktiekapital	Ja Återbetalning av aktiekapital

	Aktiekapital	"Passivt deläggande" Helaba	Passivt engagemang
Ersättning i förhållande till vinst	Ja	Ja	Ja
Inga betalningar i efterhand om ersättningen inte erläggas	Ja	Ja	Nej Kumulativ betalning i efterhand möjlig

1.2. MÖJLIGHET TILL AVDRAG I DEKLARATIONEN

- (71) BdB ifrågasätter att delstaten Hessens vinstandelar kan dras av som driftskostnader i deklarationen. Det kan förmodas att delstaten Hessen tar en avsevärd ekonomisk risk med det passiva delägandet. För detta talar inte bara den höga kapitalinsatsen utan också det faktum att engagemanget inte kan sägas upp. Denna risk motiverar förekomsten av ett partnerskap (s.k. atypiskt passivt delägarskap), den skattetekniska definitionen av det passiva delägandet som partnerskapets egna kapital och det faktum att den passiva delägaren inte kan dra av sin vinstandel som en driftskostnad inom Helaba.

1.3. MINIMIERSÄTTNING FÖR EN AKTIEKAPITALINVESTERING I EN DELSTATSBANK

- (72) BdB hävdar att inom samtliga metoder för att fastställa en rimlig ersättningsnivå (avkastning) för eget kapital som ställts till förfogande utgick man från en riskfri avkastning och lade sedan till en riskpremie. De bygger på följande grundprincip:

Förväntad avkastning på en riskinvestering

= Riskfri bassats + Riskpremie för riskinvesteringen

- (73) För att beräkna den riskbefriade avkastningen använder BdB avkastningen för statsobligationer med lång löptid, eftersom det rör sig om värdepapper med fast ränta som erbjuds av statliga organ, vilket är den investeringsform som har minst eller ingen risk alls⁽¹²⁾.

- (74) För att räkna fram riskpremien undersöker BdB först den s. k. marknadsriskpremien, dvs. differensen mellan den genomsnittliga avkastningen på aktier och statsobligationer på lång sikt. För den tyska aktiemarknadens vidkommande utgår BdB, med stöd i en studie av Stehle-Hartmond (1991), från en enhetlig långsiktig marknadsriskpremie på 4,6 %.

- (75) I en andra fas beräknar BdB delstatsbankernas betavärde, dvs. bankernas individuella riskpremie, som den allmänna marknadsriskpremien skall anpassas till. Enligt BdB fastställer förbundet sedan betavärdena statistiskt, vilket innebär att betavärdena beräknas på grundval av slumpmässigt utvalda historiska data. BdB drar slutsatsen att alla betavärden för samtliga delstatsbanker och berörda perioder är större än ett⁽¹³⁾.

- (76) Den förväntade minimiersättningen för en aktiekapitalinvestering i Helaba vid tidpunkten för överföringen av tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande den 31 december 1998 uppgår enligt BdB:s beräkningar till 11,66 % årligen.

1.4. PREMIER OCH AVDRAG PÅ GRUND AV TRANSAKTIONERNAS SÄRSKILDA FÖRUTSÄTTNINGAR

- (77) BdB framhåller att det avdrag på 4,2 % som kommissionen gjorde från minimiersättningen på 12 % i sitt beslut om WestLB p.g.a. bristande likviditet i Wfas kapital godtogs i förstainstansrätten. Det finns därför ingen anledning att göra avsteg från denna metod i föreliggande fall – också i dessa fall skall avdrag göras för likviditeten. Storleken på avdraget för bristande likviditet kan enligt WestLB-metoden fastställas utifrån nettorefinansieringskostnaderna (bruttorefinansieringskostnaderna minus tillämplig företagsskatt).

- (78) Likviditetsavdraget beräknas för Helabas vidkommande på grundval av en bruttorefinansieringsnivå på 6,57 % årligen (motsvarande den långsiktiga riskbefriade basräntenivån vid tidpunkten för överföringen 1998), på vilken gällande totala skattesats skall tillämpas för att få fram nettorefinansieringsnivån.

⁽¹²⁾ För att kunna räkna bort inflationseffekten måste avkastningen från långfristiga statsobligationer fastställas för respektive transfereringsperiod. För att kunna uppskatta den långfristiga riskbefriade grundläggande räntenivån måste uppskattningen av den långfristiga genomsnittligt förväntade inflationen på 3,60 % läggas till.

⁽¹³⁾ I jämförelsesyfte anger BdB också de teoretiska betavärdena uträknade enligt Capital Asset Pricing Model (CAPM), vilka enligt förbundets uträkningar, knappast avviker från de empiriskt framtagna uppgifterna.

- (79) Enligt BdB:s uppfattning bidrog tre aspekter till högre risk i samband med överlåtelserna, jämfört med en "normal aktiekapitalinvestering": 1) den delvis mycket stora volymen på kapitalöverlåtelserna; 2) den uteblivna nyemissionen och det därmed sammanhängande bortfallet av fler rösträtter och 3) investeringens bristande fungibilitet, dvs. att kapitalet inte när som helst kan dras tillbaka från företaget. BdB anser därför, med stöd i WestLB-metoden, att en premie på minst 1,5 % årligen är motiverad.

1.5. KAPITALBAS OCH ERSÄTTNINGSELEMENT

- (80) För det första framhåller BdB att hela det belopp som vid beräkningen av den rimliga ersättningsnivån i Helabas fall godtogs som primärt kapital för att finansiera konkurrenssatsad affärsverksamhet, skall användas som grundläggande kapital och inte bara den del som faktiskt används eller skall användas. Förbundet motiverar detta med att en investerare i en marknadsekonomi aldrig skulle godta en begränsning av sin ersättning till den del som faktiskt används. För den private investeraren är det ovidkommande om kreditinstitutet verkligen använder det tillskjutna kapitalet till att utvidga affärsverksamheten. Det som är avgörande för investeraren är snarare att han själv inte kan använda kapitalet och därmed heller inte kan få någon avkastning.
- (81) Beräkningen av ersättningsnivån åren 1998–2002 på grundval av årsvis stigande delbelopp motiverades inte med någon diskontering p.g.a. utebliven uppdelning av det överförda kapitalet eller av att blockinbetalningen till Helaba skulle ha haft en tyngande effekt. Även om kapitaltillskottet kanske inte var nödvändigt för att uppfylla kapitaltäckningskriterierna, möjliggjorde det ändå en avsevärd ökning av Helabas kapitalbas och en kraftig utvidgning av bankens konkurrenssatta verksamhet. En investerare i en marknadsekonomi skulle därför ha krävt fullständig ersättning för hela beloppet på grundval av att det godkänns som garantikapital.
- (82) Den årliga ansvarsprovision på 0,3 % som kommissionen utgick ifrån i WestLB-beslutet och som den räknat sig fram till genom att jämföra kapitalbeloppet med en garanti som bör tas ut för den del av det överförda primära kapitalet, som inte fick användas i den konkurrenssatta verksamheten.
- (83) Det enda som kunde betraktas som ersättningsselement var den s.k. "ansvarsprovisionen" och "varaktighetspremien". Skatten på näringsverksamhet som till övervägande delen inte går till delstaten utan till kommunen utgör inte en del av ersättningen. Den är en lagstadgad påлага med koppling till skatteomständigheter som är helt oberoende av parternas avsikter.
- (84) Slutligen gick inte avkastningen till delstaten Hessen utan utbetalades sedan – efter avdrag för reavinstskatt – som

"nettobelopp som överförts till den särskilda fonden". Eftersom Helaba är (den enda) ägaren till den särskilda fonden, betalade banken i själva verket ut beloppet till sig själv. Detta skulle emellertid inte en privat investerare godta som ersättning för sin investering.

2. SYNUNKTER FRÅN DELSTATEN NORDRHEIN-WESTFALEN OCH WESTLB

- (85) I en skrivelse från Tyskland av den 30 oktober 2003 om kommissionens beslut av den 13 november 2002 om att inleda ett förfarande bestrider delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB att de tillgångar som överförts till delstatsbankerna är att jämföra med aktiekapital. Till yttermera visso godkändes passivt deläggande och s.k. perpetuums som primärt kapital i Tyskland redan 1991. Dessutom följer inte ersättningen banktillsynsreglerna utan en investerings riskprofil. Eftersom tillgångarna var efterställda, ligger det närmare till hands att jämföra riskstrukturen med passivt deläggande eller s.k. perpetuums än med aktiekapitalinvesteringar.
- (86) WestLB har inga invändningar mot CAPM-metoden för att beräkna minimiersättningen i samband med aktiekapitalinvesteringar. Banken anser emellertid att de av BdB fastställda betavärdena – som ligger gott och väl över 1 – inte är rimliga. En betafaktor som överstiger 1 signalerar att ett företags aktier representerar en högre risk än marknaden i dess helhet. Det institutionella ansvar respektive garanti-ansvar som obestriddligen förelåg gjorde emellertid att riskerna med att investera i en delstatsbank låg tydligt under den allmänna marknadsrisken.
- (87) I delstatsbankernas specifika fall var det dessutom ett misstag att utgå ifrån den väntade avkastningen i samband med överföringen av tillgångarna till delstatsbanken. Detta var visserligen en principiellt rimlig metod att tillämpa för att utröna hur en privat investerare skulle ha agerat, men i detta fall innebar det emellertid att 1991 års avkastning lades till grund för beräkningarna. Det strider emellertid mot alla ekonomisk rimlighet att en investerare år 2003 skulle erhålla 1991 års avkastning som ligger väsentligt över den faktiska avkastningen. Den schematiska tillämpningen av en avkastningsnivå på 12 % innebär en nackdel för delstatsbankerna i förhållande till konkurrenterna som inte kan motiveras.
- (88) Vad gäller avdraget p.g.a. bristande likviditet i överlåtelserna av tillgångarna anser WestLB och delstaten Nordrhein-Westfalen att räntan på statsobligationer utan risk helt och hållet skall dras av från den grundläggande avkastningen, eftersom överlåtelserna av tillgångar inte gav delstatsbankerna någon likviditet. Det är inte ekonomiskt hållbart att reducera beräkningsgrunden med skattebesparingen eftersom ersättningen för kapitalmarknadsinstrument inte är

beroende av skattesituationen. I annat fall skulle ett och samma kapitalmarknadsinstrument få olika priser beroende på skattesituationen.

- (89) Slutligen bör det faktum att tillgångarnas bristande likviditet inte innebar någon risk för likviditeten ses som någonting som minskar risken och därmed leder till en sänkning av ersättningsbeloppet. Detta borde komma till uttryck genom ett motsvarande avdrag. Likaledes borde ett avdrag göras på grund av effekten på ägarförhållandena, eftersom en investerare som redan äger andelar i ett företag värderar ett kapitaltillskott på ett annat sätt än en ny investerare.

V. TYSKLANDS REAKTION PÅ SYNPUNKTERNA FRÅN BDB

- (90) Enligt Tysklands uppfattning lyckas BdB varken omdefiniera det passiva delägandet som en aktiekapitalinvestering eller att väcka tvivel om rimligheten i den avtalade ersättning som utbetalats till delstaten Hessen. Därför kan det inte röra sig om något stöd.
- (91) Det är inte motiverat att ta omvägen över avkastningen från en fiktiv aktiekapitalinvestering för att beräkna ersättningen. Delstaten Hessen hade sedan tidigare överfört sin bostadsbyggnadsfond till banken i form av ett passivt deläggande. Alltså rör det sig om ett bolags-, skatte-, och tillsynsrättsligt definierat finansieringsinstrument som principiellt skiljer sig från en aktiekapitalinvestering som delstaten inte var intresserad av och som bankens ägare inte ens ville ha.
- (92) BdB bortser dels från viktiga skillnader mellan aktiekapital och passivt deläggande, dels åberopar sig förbundet på skillnader mellan "normalt" passivt deläggande och delstaten Hessens passiva deläggande som inte existerar.
- (93) BdB:s huvudargument är att passivt deläggande endast har en begränsad giltighetstid eller kan sägas upp, varför endast 15 % av ett kreditinstituts totala primära kapital kan godkännas som primärt kapital enligt de principer som tillämpas av Baselkommittén för banktillsyn. Delstaten Hessens passiva deläggande i Helaba ställdes till förfogande utan tidsbegränsning och föll heller inte under 15 %-gränsen. Således utgjorde den inte något "normalt" passivt deläggande utan var funktionellt att betrakta som aktiekapital. Därför skulle man vid beräkningen av ersättningen inte ha utgått från annat passivt deläggande eller innovativa kapitalinstrument utan från aktiekapitalinvesteringar.
- (94) Detta centrala argument från BdB:s sida är av flera skäl felaktigt. Den begränsade löptiden eller uppsägningsmöjligheten utgör varken bolagsrättsligt eller banktillsynsrättsligt några tvingande och oundgängliga kännetecken för det passiva delägandet. Lika litet är aktiekapitalet nödvändigtvis obegränsat och omöjligt att häva. Enligt tysk bolagsrätt kan dessutom alla företag, oberoende av bolagsform, bildas för en tidsbegränsad period eller kan en överenskommelse träffas om möjligheten att häva ett tillskott, vilket inte strider mot godkännandet som primärt kapital enligt tysk banktillsynslagstiftning.
- (95) BdB förtiger vidare att 15 %-gränsen för godkännande som primärt kapital enligt internationell banktillsynslagstiftning, på det sätt som den utformats enligt Sydneyförklaringen från Baselkommittén för banktillsyn och i enlighet därmed utvecklad praxis inom den tyska tillsynsmyndigheten, inte gäller permanenta kapitalinstrument som utan vidare kan hävas på initiativ av utställaren (men inte av investeraren). För övrigt säger tysk banktillsynspraxis numera att ett tillskott är ställt till permanent förfogande också om löptiden uppgår till minst 30 år och investeraren uttryckligen inte kan häva det, vilket innebär att det inte faller inom 15 %-gränsen. Också detta visar att skillnaden mellan tidsbegränsade och obegränsade tillskott inte alls är så långtgående som BdB hävdar. Vad gäller den rimliga ersättningen är det därför på intet sätt nödvändigt eller motiverat att omtolka det passiva delägandet som aktiekapital.
- (96) Några månader efter Helaba tog Deutsche Bank upp ett "permanent" tillskott i form av s.k. "perpetuals" på kapitalmarknaden. I motsats till vad BdB hävdade gällde, enligt tidningsuppgifter som tillhandahållits i frågan, inte 15 %-gränsen i detta fall, eftersom man inte avtalat om någon höjning av räntenivån ifall banken inte utövade sin rätt att häva avtalet (ingen "step-up"-klausul). Deutsche Banks perpetuals var inte några undantag, eftersom talrika andra kreditinstitut kort därefter tog upp "permanent" tillskott på marknaden, vilket Tyskland också visat exempel på. Inte någon av dessa emissioner, vilkas volymer vid stark efterfrågan låg mellan 150 miljoner euro och över 2 miljarder euro, gav en avkastning som ens låg i närheten av aktiekapital. Ersättningen låg snarare mellan 110 och 290 räntepunkter över mid-swaps. Varken skillnaden mellan tidsbegränsade och begränsade kapitalinstrument eller frågan huruvida det kapital som emissionen inbringar ligger under 15 %-gränsen eller inte, tillmättes under 1999 någon utslagsgivande betydelse av marknaden.
- (97) Inte heller håller de kriterier som BdB selektivt anfört. Dessa skulle enligt uppgift påvisa likheter mellan aktiekapital och delstaten Hessens passiva deläggande, dels skillnader mellan

detta passiva deläggande och det "normala" passiva deläggandet. BdB bortser dels från den omfattning, i vilket passivt deläggande kunde skapas genom avtal mellan parter, dels utmärkande drag som är avgörande och oundgängliga för att göra skillnad på aktiekapital och passivt deläggande.

(98) Aktiekapital förräntar sig inte utan berättigar till anspråk på utbetalning av en avkastning som inte bara är beroende av vinsten utan framför allt står i proportion till den. Ersättningen från ett passivt deläggande är däremot enbart beroende av vinsten. Om det passiva deläggandet skall generera kumulativa utbetalningar är en fråga som får avgöras av parterna och hör under alla omständigheter inte till de utmärkande dragen i ett "normalt" passivt deläggande. Enligt [...] skall emellertid den efterställda betalningsskyldighet som föreskrivs i paragraf 10.4 i tyska banklagen och som är typisk för passivt deläggande tillämpas i fall av förlust. Framtida vinster skall företrädesvis användas till att höja tillskottet till den ursprungliga nivån ⁽¹⁴⁾.

(99) Påståendet att endast aktiekapital och inte "normalt" passivt deläggande kunde användas för mycket stora volymer

(101) På begäran av kommissionen tillhandahöll Tyskland en översikt i tabellform över utvecklingen för passiva innehav och annat primärt kapital av hybridkaraktär inom utvalda privata storbanker mellan 1998 och 2003. Enligt Tyskland framgår tydligt i vilken omfattning de anförda instituten tog upp primärt kapital av hybridkaraktär över den tillsynsrättsliga 15 %-gränsen, eftersom dess andel av det totala primära kapitalet överstiger 15 % ^(*).

vederläggs av storleken på det passiva deläggandet som privata kreditinstitut tog upp på kapitalmarknaderna såväl åren 1998/99 som nu. Dessa omfattade uppåt 1 miljard euro. I relativa termer godkänns varje passivt deläggande, också sådant som överstiger 15 %-gränsen, som primärt kapital, bara de efterlever de regler som fastställts av Baselkommittén för banktillsyn och den därav följande praxis som tillämpas av de tyska tillsynsmyndigheterna.

(100) Ett aktuellt bevis på möjligheten att överskrida 15 %-gränsen är en kapitalåtgärd som den 2 december 2003 vidtogs av ett institut med medlemskap i BdB, nämligen Deutsche Bank. I det fallet handlar det om att passivt deläggarskap tillförs privata investerare på totalt 300 miljoner euro med obegränsad löptid (s.k. *perpetuals*) ⁽¹⁵⁾. I och med att åtgärden är förenad med en ansvarspremie om 0,99 % är den dessutom ytterligare ett bevis på en marknadsanpassad ansvarspremie som beräknats utifrån marknadsförutsättningarna och som avtalats med avseende på delstaten Hessens passiva deläggande i Helaba.

	[Bank A]			[Bank B]			[Bank C]		
	Primärkapitalinstrument av hybridkaraktär (varav passivt deläggande) (miljoner euro)	Primärkapital (miljoner euro)	Andel primärkapital av hybridkaraktär (%)	Primärkapitalinstrument av hybridkaraktär (miljoner euro)	Primärkapital (miljoner euro)	Andel primärkapital av hybridkaraktär (%)	Primärkapitalinstrument av hybridkaraktär (miljoner euro)	Primärkapital (miljoner euro)	Andel primärkapital av hybridkaraktär (%) ^(*)
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⁾ [...] lyder påföljande sätt: "[...]"

⁽¹⁵⁾ Se *Börsenzeitung* av den 7 november 2003 och *International Financial Review* av den 22 november 2003.

^(*) Vilka banker det rör sig om är hemligt. I tabellen kallas de bank A, bank B och C.

		[Bank A]		[Bank B]			[Bank C]		
	Primärkapitalinstrument av hybrid-karaktär (varav passivt deläggande) (miljoner euro)	Primär-kapital (miljoner euro)	Andel primärkapital av hybridkaraktär (%)	Primärkapitalinstrument av hybridkaraktär (miljoner euro)	Primärkapital (miljoner euro)	Andel primärkapital av hybridkaraktär (%)	Primärkapitalinstrument av hybridkaraktär (miljoner euro)	Primärkapital (miljoner euro)	Andel primärkapital av hybridkaraktär (%) (*)
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 %

(*) Utgående från att hela beloppet räknas in i det primära kapitalet.

(**) Inkl. kumulativa preferensaktier efter upplösning av Treuhandföretag.

(102) Tvärtemot vad BdB hävdar skulle både delstaten Hessens passiva deläggande och passivt deläggande, som tagits upp på kapitalmarknaden i fall av insolvens, betalas tillbaka före aktiekapitalet. De skulle med andra ord ha företräde framför aktiekapitalet. Tvärtemot vad BdB hävdar skulle delstaten Hessen, precis som investerare i något annat passivt deläggande, i fall av insolvens erhålla återvinningskvoten, medan ägarna inte skulle få någonting, vilket innebär en reducerad risk jämfört med aktiekapitalet.

(103) Det passiva delägandet skiljer sig avsevärt från aktiekapitalet genom att den passive ägaren inte har del i företagets tillgångar och heller inte har rösträtt. BdB hade bortsett från detta i sin definition och krävde i stället en premie för detta. Marknaden skulle inte kunna godta detta resonemang.

(104) BdB:s tvivel på att ersättningen kan dras av i deklARATIONEN saknar grund. Delstaten Hessen övertog varken den risk eller de delägarinitiativ som krävs av en delägare. Liksom varje typisk passiv delägare hade delstaten Hessen enligt reglerna i avtalet om inrättande av passivt delägarskap alltså endast del i Helabas löpande vinster och förluster, men inte i bankens dolda reserver och inte heller i några värdeökningar av företaget eller dess aktiva tillgångar. Vid hävande av det passiva delägarskapet återfår delstaten endast sitt kapital. Delstaten Hessen erhöll ingen möjlighet att utöva bolagsrättigheter som motsvarar en begränsad delägares röst-, kontroll- och invändningsrättigheter eller en delägares kontrollrättigheter i enlighet med paragraf 716.1 i tysk civilrätt. Dessutom hade banken genom det statliga avtalet mellan delstaterna Hessen och Thüringen om att bilda en

gemensam sparbanksorganisation inte rätt att ta upp en atypisk passiv ägare. I brist på partnerskap skulle därför finansmyndigheterna ha givit delstaten Hessen rätt till skatteavdrag.

(105) Även behandlingen i balansräkningen var olika. Aktiekapitalet fylldes på med bidrag från de balanserade vinstmedlen (överskott från tillgångar över skulder) genom beslut på bolagsstämman. Vad gäller delstatens Hessens passiva deläggande minskade däremot ersättningen bankens operativa resultat genom att sänka den ränta som mottogs (ersättningen var en del av räntekostnaden) och utgjorde ingen vinstdisposition, varför det inte krävdes något beslut från delägarna. Detta obligatoriska sätt att sköta balansräkningen för det passiva delägandet belastar förhållandet mellan utgifter och intäkter samt avkastningen på det egna kapitalet.

(106) Tvärtemot vad BdB hävdar hade en investerare i en marknadsekonomi godtagit en begränsning av underlaget för beräkningen av hans ersättning till den del som faktiskt utnyttjats för utvidgningen av affärsverksamheten, och inte krävt någon ersättning på 0,3 % för den överskjutande delen i enlighet med kommissionens WestLB-beslut. Mot bakgrund av Helabas begränsade behov, som var känt sedan tidigare, skulle inte heller någon annan investerare ha uppnått något bättre förhandlingsresultat än delstaten Hessen.

(107) Vad gäller den rimliga ersättningen var BdB:s argumentation felaktig redan från början. Den enda användbara

måttstocken är de ersättningar som det under ifrågavarande period avtalats om på marknaden för jämförbart passivt deläggande till kreditinstitut. Skillnader i utformningen av de olika exemplen på passivt deläggande, men också i fråga om kvaliteten hos de kreditinstitut som tar upp dem, bör beaktas i jämförelsen mellan ersättningarna genom avdrag eller premier på sådan ersättning och inte i fråga om ersättning för en hypotetisk aktiekapitalinvestering.

(108) Oberoende därav var också BdB:s beräkning av avkastningen från aktiekapitalinvesteringar felaktig. Vid beräkningen av betavärdet kunde delstatsbankerna inte jämföras med affärsbanker som har en systematisk risk som ligger över genomsnittet. I alla händelser skall beräkningen grunda sig på den klart definierade gruppen börsnoterade banker, de s.k. CDAX-bankerna. En stor del av tillgångarna i Helabas balansräkning består av fordringar med låg risk på kommuner och interbanker eller i form av hypotek. Inom ramen för en objektiv företagsvärdering beräknade en värderingsman den 1 januari 1999 en genomsnittlig betafaktor på [...] som låg klart under ett för sju kreditinstitut. Beräkningen gjordes utifrån en riskstruktur utifrån affärsrisk, affärsverksamhet, kundstruktur och företagsstorlek. Värderingsmannen utgick från en långfristig marknadsavkastning på 5,0 % och en långsiktig riskfri räntenivå på 6,0 %. Detta gav den 1 januari 1999 en kostnadsnivå för det egna kapitalet på [...] %. BdB:s uppgift av den 31 december 1998 om en avkastning på eget kapital om 11,66 % för Helabas vidkommande bygger på en alltför hög betafaktor och f.ö. inaktuella, historiska uppgifter. Räntenivån har avsevärt förändrats under de senaste årtiondena och BdB:s redogörelser för inflationen och inflationsprognosen är inte möjliga förstå i detta sammanhang.

(109) Vidare kunde den avtalade ersättningen endast jämföras med respektive föränderliga avkastning på aktiekapitalet under det passiva deläggandets löptid och inte med exempelvis företags avkastning på aktiekapital vid tidpunkten för investeringen. Det finns ingen som skulle ha garanterat en delägare i banken en avkastning på kapitalet motsvarande nivån i slutet av 1998 och därmed ha tagit på sig risken för skiftande avkastning.

(110) BdB:s redogörelser för nivån på avdragen för refinansieringskostnaderna stämmer inte. Hänvisningar till netto-refinansieringskostnaderna kan endast göras om kreditinstitutens teoretiska eller faktiska skattesats dras av från de i jämförelsesyfte anförda ersättningar som privata kreditinstitut erlagt för det passiva deläggande som de tagit upp på kapitalmarknaden. Men för de inlån som gjorts på kapitalmarknaden uppgavs vanligen inte den totala ersättningen, utan bara det ersättningspåslag som i fråga om ränteinstrument och apportegendom är identisk med ansvarspremien. Därför kan en direkt jämförelse göras mellan ersättningen för delstaten Hessens passiva deläggande och de ersättningar som betalats på marknaden. Omvägen

via den fiktiva totala ersättningen för ett fiktivt kontanttillskott, från vilket refinansieringskostnaderna sedan måste dras av, var överflödigt och ökade dessutom kraftigt osäkerheten i fråga om den kvantitativa värderingen, eftersom uppskattningar då skulle behöva införas på flera nivåer.

(111) Tvärtemot vad BdB hävdar går det inte att motivera några ersättningspåslag. Det kan inte empiriskt beläggas att man på marknaden betalar någon premie för ett särskilt stort tillskott. När privata kreditinstitut hade införskaffat kapital på jämförbart sätt, förelåg ingen koppling mellan belopp och ersättning. Snarare måste delstaten hålla sig till den avtalade progressiva modellen, eftersom Helaba till att börja med inte hade haft någon nytta av de odelade särskilda fondmedlen. På marknaden hade en investerare inte bara genast kunnat få ersättning för hela beloppet utan dessutom också kunnat få en premie.

(112) Idén om att en rösträttsförlust i samband med aktiekapitalinvestering måste kompenseras genom en extra ersättning låter sig heller inte överföras på ett passivt ägarskap. Den passive ägaren har enligt lag ingen rösträtt och den passive ägaren får ingen ersättning från marknaden för att han avstår från sin möjlighet till inflytande.

(113) Det är visserligen principiellt riktigt att en investerare på marknaden skulle vara beredd att godta bristande funktibilitet för sin investering i ersättning för högre avkastning, men det passiva deläggandets bristande funktibilitet jämfört med vinstandelskapital beaktades också i diskussionerna inför transaktionen. Likaså beaktade parterna tillskottets varaktighet genom att tillämpa ett ersättningspåslag på 0,20 % om året. En privat investerare hade emellertid beaktat att det som efterfrågades här inte var en investering för kontanter, utan för en särskild fond med ett speciellt ändamål som inte får delas och som endast kunde erhållas som apportegendom. Om BdB gör gällande att det i praktiken inte finns någon marknad för en sådan investering, gäller detta inte bara reinvestering (funktibilitet) utan också den ursprungliga investeringen. Det är inte trovärdigt att en privat investerare mot bakgrund av detta skulle ha krävt eller fått en ännu högre premie än de 0,20 % årligen som avtalats med avseende på varaktighetsaspekten. Detta är heller ingenting som närmare förklaras eller motiveras av BdB.

(114) Vid en marknadsjämförelse måste, tvärtemot vad BdB hävdar, även effekten av skatten på näringsverksamhet beaktas. Passivt delägarskap i kreditinstitut kom som regel från institutionella investerare som själva måste erlagga skatt på näringsverksamhet för den ersättning som erhöles. Delstaten var däremot befriad från skatt på näringsverksamhet och kunde därför nöja sig med en motsvarande lägre ersättning. Delstatens skattebefrielse uppvägs av det faktum att banken var skattskyldig och därför måste erlagga

skatt på näringsverksamhet. Det spelar ingen roll om skatten betalas till delstaten eller kommunen, lika litet som det faktum att skatten på näringsverksamhet grundar sig på den skattepliktiga inkomsten – som regel den inkomst som tillfaller mottagaren av ersättningen, men i detta fall banken – så länge banken över huvud taget går med vinst. Går den däremot med förlust, bortfaller inte bara betalningen av skatt på näringsverksamhet utan också betalningen av ersättning för investeringen.

- (115) Tvärtemot vad BdB hävdar betalade Helaba inte heller någon ersättning till sig själv. Enligt delstatens Hessens beslut skall den intäkt från den särskilda fond som återstår efter skatt inte föras upp i den allmänna budgeten, utan underställas det särskilda ändamålet och användas till att stärka investeringsverksamheten. Detta är en fråga om hur de medel som Helaba betalt till delstaten skall användas.

VI. BEDÖMNING AV ÅTGÄRDEN

1. STATLIGT STÖD ENLIGT ARTIKEL 87.1 I EG-FÖRDRAGET

- (116) Enligt artikel 87.1 i EG-fördraget är, om inget annat anges i fördraget, stöd som ges av en medlemsstat eller med statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

1.1. STATLIGA MEDEL

- (117) Genom att överföra ett passivt deläggande beslöt sig delstaten Hessen för en metod för att införskaffa medel som i grunden bestod i att delstaten till Helaba överförde offentliga tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande för att både stärka det primära kapitalet och skapa extra inkomster åt delstaten Hessen. Även om återflödet från dessa fordringar bokfördes som tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande och därmed tjänade allmännyttiga syften, var kapitalet godkänt enligt banktillsynslagen och därför kunde de användas som täckning av Helaba i bankens konkurrens med andra kreditinstitut. Därmed överfördes statliga medel på Helaba.

1.2. GYNNANDE AV ETT VISST FÖRETAG

- (118) Vid bedömningen av om överlåtelsen av statliga medel på ett företag i offentlig ägo gynnar detta företag och följaktligen kan utgöra statligt stöd enligt artikel 87.1 i EG-fördraget, tillämpar kommissionen den marknadsekonomiska investerarprincipen. Denna princip har godtagits och vidareutvecklats av domstolen och förstainstansrätten i en rad mål, särskilt i ett för detta ärende relevant sammanhang genom WestLB-domen ⁽¹⁶⁾.

a) *Den marknadsekonomiska investerarprincipen*

- (119) Enligt denna princip skall ett företag inte anses gynnas om kapital tillhandahålls "på villkor som en privat investerare, som verkar under normala marknadsvillkor, skulle vara beredd att överföra medel till ett privat företag" ⁽¹⁷⁾. Ett gynnande i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget föreligger däremot om det föreslagna ersättningsarrangemanget eller företagets ekonomiska situation är sådan att normal avkastning inte kan förväntas inom en rimlig tidsfrist.
- (120) Därför är den marknadsekonomiska investerarprincipen på samma sätt tillämplig på alla offentliga företag och detta oberoende av om de går med vinst eller förlust. Denna inställning hos kommissionen godtogs av förstainstansrätten i WestLB-domen ⁽¹⁸⁾.

- (121) Mot bakgrund av detta beslut lyder den centrala frågan i denna bedömning, huruvida en investerare som agerar enligt marknadsekonomiska principer hade satsat kapital med samma kännetecken som delstaten Hessens tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande i Helaba på samma villkor, särskilt med tanke på den väntade avkastningen från investeringen.

b) *Rättslig och ekonomisk definition av det tillhandahållna kapitalet*

- (122) Fram till den 31 december 1998 överförde delstaten Hessen tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande i form av nominella lånetillgångar från delstatsandelen på 6,026 miljarder mark (3,081 miljarder euro) och ett kontantbelopp, vilket efter oberoende revision fastställdes till 2,473 miljarder mark (1,254 miljarder euro) som passivt deläggande. Som framgår ovan godkände BAKred med stöd i banktillsynsreglerna dessa tillgångar helt och hållet som primärt kapital. Endast en liten del av tillgångarna i form av ett årligen föränderligt belopp behövde tas i anspråk för att täcka den allmännyttiga investeringsverksamheten. Endast denna del av det balanserade passiva delägandet fungerade som garanti för Helaba. Den övervägande återstoden av kapitalet kunde användas av Helaba för att stödja och utöka sin konkurrensverksamhet.

- (123) På samma sätt som kommissionen gick till väga i fallet WestLB undersökte den vilken ersättning som är rimlig för de tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande som överlätits, mot bakgrund av vilken kommersiell användning

⁽¹⁷⁾ Se punkt 11 i kommissionens meddelande till medlemsstaterna om tillämpningen av artiklarna 92 och 93 i EEG-fördraget och artikel 5 i kommissionens direktiv 80/723/EEG på offentliga företag inom tillverkningssektorn (EUT C 307, 13.11.1993, s. 3). Visserligen gäller detta meddelande uttryckligen tillverkningsindustrin, men principen gäller utan tvivel på samma sätt alla andra branscher. Beträffande finansiella tjänster har detta bekräftsats i en rad beslut av kommissionen, t.ex. i fallen Crédit Lyonnais (EGT L 221, 8.8.1998, s. 28) och GAN (EGT L 78, 16.3.1998, s. 1).

⁽¹⁸⁾ WestLB-domen, punkt 206 ff.

⁽¹⁶⁾ Dom i förenade målen T-228/99 och Tyskland-233/99.

Helaba kan ha för det. Som tidigare förklarat är anknytningspunkten för marknadsmässig ersättning i detta fall den ersättning som skulle krävas av en investerare i en marknadsekonomi som förser en bank med denna typ av eget kapital.

(124) Den klagande hävdar, att i fråga om det kapital som ställts till Helabas förfogande rör det sig, precis som vid överlåtelsen av WfA:s kapital på WestLB, också om en investering som liknar ett aktiekapitaltillskott. Tyskland bestrider däremot all likhet med aktiekapital. Kapitalet är snarare ett passivt deläggande, vilket inverkar på ersättnings omfattning.

(125) Tyskland, Helaba och den klagande instämmer i att de tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande som är samlade i delstaten Hessens passiva deläggande utgör primärt kapital. BAKred godkände den särskilda reserven som primärt kapital ("klass 1-kapital") och kan därför bara jämföras med sådana instrument för eget kapital som i Tyskland godkändes som primärt kapital samma år som det tillhandahölls och som vid tidpunkten för tillskottet stod till Helabas förfogande för en investering i denna storleksordning, dvs. klart över 15 % av det primära kapitalet.

(126) Sätillvida håller kommissionen med parterna. Redan i sitt beslut i WestLB-ärendet 1999 förklarade kommissionen att en jämförelse mellan Wfa-kapitalet, vilket också godkännts som primärt kapital och kapitalinstrumenten som kunde användas som supplementärt kapital, precis som exempelvis vinstandelsbevis och preferensaktier utan rösträtt, inte kan ligga till grund för att fastställa lämplig ersättning för det tillhandahållna kapitalet (beslut 2000/392/EG, punkt 199). Därför är det primära kapitalet mer värdefullt för företaget, eftersom man med hjälp av dessa medel kan skaffa sig en supplementär kapitalbas (t.ex. vinstandelsbevis) i motsvarande omfattning och därmed utvidga sin kapitalbas. Förutsättningen för att medlen skall godkännas som primärt kapital är en förhöjd riskexponering för det tillgängliga kapitalet som i princip också får genomslag i en förhöjd marknadsanpassad ersättning för dessa instrument. Möjligheten till jämförelse med s.k. supplementära medel, vilka endast i begränsad omfattning kan användas till att bygga ut verksamheten, kan därför uteslutas redan från början.

(127) Enligt BdB:s uppfattning var aktiekapital den enda juridiska form som enligt reglerna kunde återopas för denna specifika investering. Enligt Tysklands uppfattning kunde man dessutom återopa den juridiska formen passivt deläggande med obegränsad löptid (*perpetual*), som uppfyllde kraven i paragraf 10.1 i tyska banklagen liksom också den s.k. "Sydneyförklaringen" från Baselkommittén för banktillsyn inom Internationale Bank für Zahlungsausgleich i Basel, en förklaring som i sin tur styrde den tyska banktillsynsmyndigheten BAKreds beslutspraxis. Föremål för överenskommelsen mellan delstaten Hessen och Helaba var därför den juridiska formen passivt deläggande med obegränsad löptid, vilken både den behöriga

banktillsynsmyndigheten BAKred och den behöriga skattemyndigheten godtog som sådan.

(128) Enligt kommissionens uppfattning påvisade Tyskland i tillräcklig utsträckning att BdB:s argument inte håller. BdB hävdar att det är formellt fel att likställa delstaten Hessens passiva ägande med ett "normalt" passivt deläggande. Ekonomiskt sett uppvisar det passiva delägandet så många gemensamma drag med aktiekapital att en investerare skulle ha krävt ersättning för aktiekapital som motsvarar gällande ränta.

(129) Kommissionen noterar först och främst att det passiva delägandet uttryckligen avtalades mellan delstaten Hessen och Helaba och godkändes av behöriga tyska myndigheter. För att kommissionen skall kunna godta ett formellt fel, måste det naturligtvis stå klart att behöriga tyska myndigheter felaktigt godkände delstaten Hessens passiva deläggande. Det finns emellertid inget bevis för detta. Så långt ansluter sig kommissionen till Tysklands uppfattning att ett passivt delägandes begränsade löptid eller möjligheten att häva den, varken bolags- eller banktillsynsrättsligt, är oundgängliga faktorer för att godkänna ett passivt deläggande som primärt kapital i den mening som avses i paragraf 10.4 i tyska banklagen. Vidare tolkar kommissionen Baselkommitténs "Sydneyförklaring" från oktober 1998 sålunda att denna bara föreskriver en 15 %-gräns för att godta specifika, särskilt tidsbegränsade innovativa kapitalinstrument som primärt kapital. Därav kan man emellertid inte dra den omvända slutsatsen att permanenta innovativa kapitalinstrument över huvud taget inte kan godkännas som primärt kapital eller också faller under denna gräns. Det som talar för att permanenta innovativa kapitalinstrument skall kunna användas som primärt kapital utöver 15 %-gränsen är för övrigt den praxis som på senare år utövats också av privata banker, vilket också i tillräcklig grad påvisats av Tyskland.

(130) Kommissionen anser inte heller att de selektiva kriterier som BdB anför håller. Mot bakgrund av riskanalysen skall delstaten Hessens passiva innehav som typ snarast jämföras med ett "normalt" passivt innehav än med aktiekapital. Kommissionen stödjer också i detta sammanhang Tysklands resonemang.

(131) I detta sammanhang är det viktigt för kommissionen att såväl delstaten Hessens passiva deläggande som övrigt "normalt", dvs. tidsbegränsade, passivt deläggande som tagits upp på marknaden i fall av insolvens skall återbetalas före aktiekapitalet. Detta gör att det belopp som utbetalas i konkursen tillfaller investeraren, medan denne inte får något i samband med en aktiekapitalinvestering. Tyskland har överlämnat ett rättsutlåtande som visar vilka avtalsregler som gäller delstaten Hessens passiva innehav i fall av insolvens eller konkurs under dess löptid. Enligt dessa har återbetalningen av det passiva innehavet förtur framför aktiekapitalet, detta under förutsättning att det inte minskat eller utplånats av förluster.

(132) Så länge företaget inte går med förlust får såväl delstaten Hessen som den som investerat i ett tidsbegränsat passivt

deläggande hela den avtalade ersättningen, medan den som investerar i aktiekapital endast kan göra anspråk på utbetalning av en vinstavkastning. Också i så måtto är delstaten Hessens passiva deläggande ett typiskt passivt deläggande i den mening som avses i paragraf 10.4 i tyska banklagen.

- (133) Vidare övertygar inte BdB:s invändning att det passiva delägandet skall jämföras med aktiekapital redan av det skälet att reserven på lång sikt har lett till en nära 50 % ökning av Helabas primära kapital. Här skall för det första hänsyn tas till de progressiva regler som delstaten Hessen och Helaba hade avtalat om, enligt vilka Helaba åren 1999–2002, i linje med sitt eget kapitalbehov endast kunde använda en årligen stigande andel av det användbara primära kapitalet till att faktiskt täcka kostnaderna för sin kärnverksamhet. I detta sammanhang visar dessutom kommissionen uttryckligen på att också i fallet WestLB var kapitaltillskottets stora volym ett indicium – som emellertid inte enskilt var avgörande – på att det rörde sig om en likhet med aktiekapital. I både WestLB-beslutet 2000/392/EG och det nya beslutet av den 20 oktober 2004 kom kommissionen utifrån en helhetsbedömning fram till att den transaktion som skall bedömas till övervägande delen liknar en aktiekapitalinvestering. En viktig synpunkt i det sammanhanget var exempelvis det faktum att Wfa-kapitalet, på samma sätt som aktiekapital, var exponerat för samma förlust risk i samband med insolvens och konkurs. Därutöver beaktade kommissionen i fallet WestLB att den tyska marknaden för hybridinstrument för primärt kapital ännu inte var utvecklad och att ett kreditinstitut som WestLB endast kunde vända sig till marknaden för att ta upp en jämförbar kapitalvolym i form av aktiekapital vid tidpunkten för överföringen av Wfa-kapitalet 1991, vilket inte var fallet vid tidpunkten för placeringen av delstaten Hessens passiva deläggande i Helaba 1998. I föreliggande fall hade Helaba också utan problem kunnat täcka sitt beräknade kapitalbehov åren 1998 till 2002 genom att i intervall ta upp flera mindre delar av passivt deläggande från olika institutionella investerare på marknaden.

- (134) BdB påpekar vidare att Helaba p.g.a. delstaten Hessens passiva innehav endast hade en aktiekapitalbuffert på 50 %, medan andelen hybridinstrument i primärt kapital hos privata kreditinstitut ligger under 20 %, varigenom deras aktiekapitalbuffert överstiger 80 %. Med tanke på den höga andelen av Helabas totala primära kapital skulle en institutionell investerare enligt BdB aldrig ha inlåtit sig på ett liknande tillskott. Tyskland har bekräftat att det passiva delägandets andel av det primära kapitalet år 2003, alltså efter det att det sista steget i den progressiva modellen

uppnåts, utgjorde [...] % och att andelen av allt passivt deläggande (dvs. inte bara delstaten Hessens passiva deläggande) uppgick till [...] % år 2003. Enligt kommissionen kan man ändå inte sluta sig till att en institutionell investerare inte skulle ha placerat ett jämförbart passivt deläggande på grund av den stora andelen i det totala egna kapitalet. Tyskland kunde påvisa att delstatsbankerna generellt oftare använder passivt deläggande över 15 %-gränsen som instrument för att anskaffa kapital, främst från garanterna men också från tredje man. Därmed utgjorde enligt uppgift från Tyskland det passiva delägandets andel år 2003 72 % hos [...] ⁽ⁱ⁾, 39 % hos [...] ⁽ⁱⁱ⁾ i, 33 % hos [...] ⁽ⁱⁱⁱ⁾ ii, 39 % hos [...] ^(iv) v och 42 % hos [...] ^(v) ⁽¹⁹⁾. Skälet till att andelen hybridinstrument är så stor är att delstatsbankerna på grund av sin offentligrättsliga struktur saknar rätt att ta upp kapital på aktiemarknaderna. Vidare förefaller det som om investerare, när det gäller delstatsbanker, snarare är redo att godta en mindre aktiekapitalbuffert, eftersom kapitalet på grund av institutens annorlunda affärsinriktning totalt företräder en lägre risk. Vad gäller Helaba, som bland de omnämnda delstatsbankerna skall betraktas som ett förhållandevis riskfritt kreditinstitut, kan kommissionen alltså inte utesluta att en institutionell investerare trots en aktiekapitalbuffert som (endast) uppgår till omkring 50 % skulle ha gjort en jämförbar investering i form av ett passivt deläggande.

- (135) Vidare har kommissionen noggrant undersökt hur investeringens varaktighet, dvs. det faktum att den är obegränsad och inte kan hävas av delstaten Hessen, påverkar den riskanalys som skall genomföras här.
- (136) BdB hävdar dessutom att det inte fanns några hybridinstrument utan tidsbegränsning på marknaden. Institutionella investerare är i princip bara beredda att förvärva egenkapitalinstrument med fastställd löptid eller instrument där man kan utgå från utbetalningar, eftersom betalningsnivån ökar (s.k. step-up) eller instrumentet vid ett senare tillfälle omvandlas till en annan investeringsform. Step up-klausuler skulle därmed ge gäldenären (emittenten) starka ekonomiska incitament att återbetala det passiva delägandet. Därmed gör en step-up-klausul en perpetual i själva verket till ett instrument med fast löptid. För övrigt var det endast privata investerare som intresserade sig för innovativa primärkapitalinstrument.

- (137) Tyskland och Helaba hävdar i stället att investerarna också i fråga om perpetuals med "step-up" måste räkna med att återbetalningen, tvärtemot eventuella förväntningar när step up-klausulerna trädde i kraft, inte sker "i tid" och att

⁽ⁱ⁾ Förtrolig uppgift som här motsvarar bank I.

⁽ⁱⁱ⁾ Förtrolig uppgift som här motsvarar bank II.

⁽ⁱⁱⁱ⁾ Förtrolig uppgift som här motsvarar bank III.

^(iv) Förtrolig uppgift som här motsvarar bank IV.

^(v) Förtrolig uppgift som här motsvarar bank V.

⁽¹⁹⁾ Meddelande från tyska regeringen av den 1 oktober 2004, s. 16.

det därför ständigt föreligger en risk. Detta beror för det första på att "rätten att häva" instrumentet uteslutande tillkommer gäldenären (emittenten). Det som avgör om en återbetalning görs i tid är, för det andra, gäldenärens ekonomiska situation när step up-klausulerna träder i kraft. För det tredje måste tillsynsmyndigheten godkänna hävandet och detta sker endast om gäldenären vid tidpunkten för hävandet förfogar över så mycket eget kapital som krävs enligt tillsynsreglerna eller genomför en motsvarande transaktion på marknaden. Enskilda exempel visar vidare att också institutionella investerare intresserade sig för hybridinstrument med obegränsad löptid men utan step up-klausuler. I detta sammanhang anförde Tyskland ett efterställt lån utan tidsbegränsning som togs av Air Canada 1987 och som enligt kommissionens övertygelse faktiskt inte omfattar några step up-regler. Tyskland hävdade vidare att rätten att häva ett instrument visserligen beaktas i fråga om priserna, men att ersättningskorridoren inte är särskilt bred.

(138) Det som är viktigt för kommissionen i detta sammanhang är framför allt att den aktuella investeringens varaktighet i första hand påverkar risken för investeraren att inte kunna klara av räntehöjningar på marknaden, eftersom han dels saknar möjlighet att häva instrumentet, dels inte kan förlita sig på någon step up-mekanism. Varaktigheten berör emellertid inte förlustrisken i samband med insolvens eller konkurs. Mot bakgrund härav och med beaktande av de marknadsbeskrivningar som Tyskland gjort har kommissionen kommit fram till att inte heller investeringens obegränsade löptid i detta fall inte kan motivera att den berörda produkten omdefinieras från "passivt deläggande" till "aktiekapital". Kommissionen kommer emellertid i ett senare skede att undersöka om varaktigheten också bör föranleda avslag på ersättningen för passivt deläggande.

(139) Slutsatsen blir att överföringen i Helabas fall tvivelsutan skedde i form av ett passivt deläggande som har betydligt mer gemensamt med passivt ägande än med aktiekapital. Enligt kommissionens uppfattning finns det därför inte tillräcklig bevisning för att den juridiska formen passivt deläggande har missbrukats för att tillföra kapital som i den ekonomiska realiteten är aktiekapital. Utgångspunkten för ersättningen för det ifrågakvarande kapitalinstrumentet är därför "normala", dvs. tidsbegränsade passiva innehav av en storlek som är vanlig på marknaden och där en premie ibland kan tas ut på ersättningen. Därför är BdB:s utläggningar om ersättning för aktiekapital inte relevanta.

(c) Fastställande av den normgivande kapitalbasen

Kapitalbasens normativitet

(140) Vid fastställandet den kapitalbas för vilken ersättning skall utgå skiljer kommissionen först och främst på den s.k. affärsverksamhetsutvidgande funktionen och den (rena) s.k. garantifunktionen hos de tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande som ställts till förfogande för investeringar i kreditinstituts affärsverksamhet.

(141) Med kapitalets s.k. affärsverksamhetsutvidgande funktion avses en förstärkning av affärspotentialen med hjälp av risktillgångar efter ett tillsynsrättsligt godkännande av en banks supplementära egenkapital. Utgångspunkten för en marknadsmässig ersättning är därför den ersättning vilken en privat investerare, som erbjuder en bank eget kapital, skulle kräva i den specifika situationen. Det kapital som ställts till förfogande kan inte användas till att utvidga affärsverksamheten om det förs upp som eget kapital i balansräkningen, men tillsynsrättsligt ändå inte godkänns som eget kapital eller avdelas för stödändamål eller av andra skäl inte kan användas till att finansiera konkurrensverksamhet. Kapital är emellertid inte viktigt bara i fråga om tillsyn. Eftersom garanterna åtminstone har tillgång till det som garanti (s.k. garantifunktion), kan kapitalets ekonomiska funktion ändå jämföras med just en borgen eller garanti. Storleken på det egna kapital som redovisas i balansräkningen ger bankens investerare även upplysningar om institutets kreditvärdighet och påverkar på så sätt de villkor på vilka banken kan skaffa sig främmande kapital. Den marknadsmässiga ersättningen för kapitalets s.k. garantifunktion beräknas utifrån den ersättning som en privat garant i den specifika situationen skulle ha begärt av ett kreditinstitut av samma storlek som Helaba och med en liknande riskprofil.

(142) Vid beräkningen av ersättningen måste därför det passiva deläggande som till fullo godkänts som primärt kapital rent konkret delas upp i två olika kapitalbaser. Till den kapitalbas som stod till förfogande för att finansiera Helabas konkurrensutsatta verksamhet, skall samma ersättning utgå som en investerare i en marknadsekonomi i den specifika situationen rimligen skulle ha krävt för ett passivt deläggande av samma typ. Till den kapitalbas som inte stod till förfogande för att finansiera Helabas konkurrensutsatta verksamhet, skall samma ersättning utgå som en investerare i en marknadsekonomi rimligen skulle ha krävt i den specifika situationen.

Kapitalbas som stod till förfogande för finansieringen av Helabas konkurrensutsatta verksamhet

(143) Kommissionen anser principiellt att det vid bedömningen av en lämplig ersättning inte kan ankomma på i vilken omfattning det tillgängliga kapitalet faktiskt användes. Det avgörande är *möjligheten* att använda kapitalet till att utvidga affärsverksamheten. En privat investerare skulle inte heller ha godtagit en ersättning som styrdes av nyttjandegraden. Sätillvida håller kommissionen principiellt med BdB, som hänvisat till att en investerare i en marknadsekonomi som själv bär förlustrisken för sin investering, inte bryr sig om i fall kreditinstitutet faktiskt använder kapitaltillskottet till att utvidga affärsverksamheten. Det är i princip riktigt att som BdB hävda att det enda som betyder något för en investerare i en marknadsekonomi är att han själv inte längre kan utnyttja det investerade beloppet och således inte få någon avkastning från det. Detta kan jämföras med

att hyra ut en lägenhet. En hyresvärd kräver att hyran betalas även om hyresgästen, oavsett av vilket skäl, inte bor i lägenheten, eftersom hyresvärden genom uthyrningen avhänder sig möjligheten att hyra ut lägenheten till någon annan och hyresgästens uppehållsort för övrigt inte kan bestämmas av värden. Föremålet för hyresavtalet är därför rätten att nyttja lägenheten.

(144) Kommissionen konstaterar först och främst att den avtalsgrundade ersättningen för den kapitalbas som Helaba hade tillgång till för att finansiera sin konkurrensutsatta verksamhet, är oberoende av den faktiska nyttjandegraden och endast beror på hur den kan användas till finansiering av den konkurrensutsatta verksamheten. Sålunda uppfyller reglerna kommissionens kriterier ovan.

(145) Delstaten Hessen och Helaba kom emellertid överens om den s.k. progressiva modell som omnämns ovan. Enligt denna modell fördes visserligen det totala kontantvärdet av tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande upp i balansräkningen redan den 31 december 1998, för att inte dessa tillgångar skulle behöva delas upp. Därmed kunde banken från första början och till större delen, dvs. med undantag för den del som behövs för att finansiera investeringsverksamheten, faktiskt använda tillgångarna för att finansiera sin konkurrensutsatta verksamhet. Redan från första början klargjorde emellertid Helaba för delstaten att banken enligt sin verksamhetsplan endast successivt, dvs. enligt de senast avtalade stegen, behöver detta för att finansiera sin konkurrensutsatta verksamhet. Inom dessa steg gällde det emellertid möjligheten att utnyttja kapitalet, vilket innebär att ersättningen var oberoende av den faktiska nyttjandegraden. På grundval av denna tydliga nyttjandeplan var den kapitalbas, för vilken delstaten Hessen skulle få ersättning, klart förutsägbar. Just därför tog delstaten Hessen inte upp nyttjandegraden i den ekonomiska bedömningen av banken, utan godtog reglerna på Helabas uttryckliga önskan.

(146) Kommissionen anser att en investerare i en marknads ekonomi hade kunnat agera på detta sätt. Det är inte realistiskt att en sådan investerare i delstaten Hessens sats heller hade kunnat kräva en snabbare värdetillväxt på den kapitalbas till vilken ersättningen skall utgå, eftersom Helaba, med hänvisning till sin verksamhetsplan, inte hade gått med på det. Enligt kommissionens uppfattning gäller följande: mellan 1999 och 2002 skall endast de förefintliga stegen, och först från och med 2003, det totala beloppet på den del av det passiva delägandet som är avsett att finansiera den konkurrensutsatta verksamheten, få

ersättning på det sätt som en investerare i en marknads ekonomi i den specifika situationen skulle ha krävt för ett passivt deläggande av samma typ.

Kapitalbas som förts upp i balansräkningen, men som inte stod till förfogande för Helabas konkurrensutsatta verksamhet

(147) Som redan förklarats ovan fördes också den del av det passiva delägandet som inte kunde användas för att finansiera den konkurrensutsatta verksamheten, upp i Helabas balansräkning redan den 31 december 1998. Den var uteslutande en del av garantikapitalet och kunde därför från första början användas som säkerhet av bankens fordringsägare. Åtminstone potentiellt är detta en fördel för banken, för storleken på det egna kapital som redovisas i balansräkningen ger bankens investerare även upplysningar om dess kreditvärdighet och påverkar på så sätt de villkor på vilka banken kan skaffa sig främmande kapital.

(148) Det faktum att Helaba förde upp hela det passiva delägandet på 1 264,4 miljoner euro i balansräkningen omedelbart efter det att banken tagit emot den, har enligt Tyskland inga kreditvärdighetshöjande effekter. Sedan mitten av 1980-talet har Helaba varit placerad i den högsta klassen AAA/Aaa i den långsiktiga kreditvärdering som är intressant för bankens fordringsägare, varvid de viktigaste kriterierna är befintliga garantibestämmelser, såsom institutionellt ansvar och garantiansvar, och därmed garanternas kreditvärdighet. Detta det högsta kreditbetyget kunde inte ytterligare höjas genom att det passiva delägandet fördes upp i balansräkningen ⁽²⁰⁾.

(149) Som svar på vidare frågor från kommissionen hävdar Tyskland dessutom att även om man beaktar de kreditvärderingar som utförts av Moody's Investors' Service och de individuella värderingar som utförts av Fitch, kan man inte se att det passiva delägandet under den berörda tidsperioden skulle ha påverkat bedömningen av Helabas finansiella ställning. Vid ovannämnda kreditvärderingar beaktades inte befintliga former för statlig garanti – institutionellt ansvar och garantiansvar – eller ägarstrukturer utan endast respektive instituts lönsamhet, kvaliteten på dess ledning, dess marknadsställning och dess kapitalbas ⁽²¹⁾. Detta visar enligt Tysklands uppfattning att det passiva delägandet, helt oberoende av den statliga garantin, inte skulle ha påverkat Helbas kreditvärdighet ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Svar från Tyskland av den 23 juni 2004, s. 12.

⁽²¹⁾ Svar från Tyskland av den 23 juni 2004, s. 12, bilaga 29/2004. Fitch Ratings: Bank Rating Methodology: May 2004, S. 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⁾ Tyskland menar, som redan framgått, att skälet till detta är att de tillsynsriktliga miniminormerna för kapitaltäckningsgraden (det primära kapitalets täckningsgrad var 4,0 % och den totala kapitaltäckningsgraden 8,0 %) gott och väl var uppfyllda under den aktuella perioden, vilket är en stor skillnad mot WestLB. Under 1997, dvs. före införlivandet, låg kapitaltäckningsgraden för Helaba-koncernens primära kapital på 4,8 % medan samma siffra för själva Helabainstitutet var 5,0 %, alltså helt enligt förklaring I till paragraf 10a i tyska banklagen. Helt i enlighet med de principer som tillämpas av Banken för internationell betalningsutjämning låg täckningsgraden för primärt kapital (tier I) 1997 på 5,4 %. Den totala täckningsgraden och täckningsgraden för eget kapital låg 1997 på 8,9 % respektive 9,6 % för koncernen och 9,2 % för själva institutet. Inte heller med avseende på den tillväxt som väntats för Helaba under följande budgetår var det nödvändigt att ta upp eget kapital i storleksordningen 264,4 miljoner euro.

- (150) Kommissionen kan inte stödja Tysklands argumentation. Tysklands synpunkter om värderingen av den finansiella respektive individuella styrkan visar dessutom att tillskott av eget kapital till ett finansinstitut just är en viktig aspekt av kvaliteten på en värdering och därför också för kreditvärdigheten. Ur ett förhandsperspektiv, dvs. sett från tidpunkten för avtalet om det passiva delägandet mellan delstaten Hessen och Helaba, måste båda fördragsparter utgå ifrån att överföringen av primärt kapital på 1,2 miljarder euro tjänade till att ytterligare öka bankens kreditvärdighet. Moody's och Fitchs värdering av den finansiella styrkan som anförts av Tyskland visar just att ytterligare en förbättring verkligen var möjlig, eftersom det högsta betyget var långt ifrån uppnått. Det faktum att man i efterhand inte kunde se någon ändring av värderingen av den finansiella styrkan, betyder inte utan vidare att det inte hade någon positiv inverkan på denna värdering. Den positiva följden av den tydliga förstärkningen av det primära kapitalet hade nämligen i stället kunnat förhindra att värderingen av den finansiella styrkan, eventuellt av andra skäl, hade sjunkit eller försiggått snabbare än i realiteten, dvs. börjat sjunka först 2001.
- (151) Vid bedömningen av en åtgärds potentiella inverkan på en banks kreditvärdighet eller de kommande finansieringsvillkoren – en inverkan som skall bedömas på förhand – tillmåter kommissionen värderingen av en delstatsbanks finansiella styrka en egen betydelse utöver den långsiktiga värdering som görs på grundval av befintliga statliga garantin institutionellt ansvar och garantiansvar.
- (152) Vad gäller det kapital som ur 1998 års synvinkel framöver skulle komma att tas upp som främmande kapital, fick Helaba tack vare det institutionella ansvaret och garantiansvaret både 1998 och följande år högsta möjliga betyg, nämligen AAA/Aaa. Enligt kommissionens egna uppgifter och som Tyskland också hävdar varierar respektive fluktuerar en banks faktiska refinansieringskostnader i jämförelse med andra banker som har samma betyg inom en korridor för en given värderingskategori. Med andra ord kan de specifika refinansieringskostnaderna inte avledas exakt och utan anpassningar från en ett visst långsiktigt betyg, i detta fall AAA/Aaa, för alla banker med samma betyg. Av dessa empiriska iakttagelser följer att också andra faktorer spelar en roll för Helabas finansiella styrka i förhållande till andra delstatsbanker med samma långsiktiga betyg på grundval av institutionellt ansvar och garantiansvar. Ju större finansiell styrka Helaba har, desto bättre är bankens utsikter att med betyget AAA/Aaa vid konkreta förhandlingar om refinansieringsvillkor kunna placera sig på den för banken gynnsamma sidan av korridoren för de refinansieringsvillkor som kan iakttas på marknaden för AAA/Aaa. Därutöver minskar garanternas beroende av betyget, dvs. om en sänkning av Helabas betyg eventuell inte kan uteslutas på förhand kan banken använda sin individuella finansiella styrka som argument för att försvara sina gynnsamma refinansieringsvillkor.
- (153) Vad gäller det extra kapital som ur 1998 års synvinkel framöver skulle komma att tas upp som kapitalbas, vilket faktiskt också skedde 2001 i form av mer passivt deläggande, reducerar en stor kapitalbuffert som togs upp i balansräkningen sannolikheten för att detta nya kapital skulle förloras i fall av konkurs. Detta under förutsättning att gammalt och nytt kapital kan användas som garanti och de värderas lika. Tyskland hävdar att en sådan likvärdighetsgaranti som regel tillämpas på passivt deläggande. Ur 1998 års synvinkel kunde man därför inte utesluta att ny investerare skulle insistera på det.
- (154) På kommissionens begäran förklarade Tyskland vidare att passivt deläggande i den mening som avses i paragraf 10.4 i den tyska banklagen inte omfattas av det skydd som ges genom institutionellt ansvar och garantiansvar. Detta är den omedelbara följden av den avtalsreglerade förlusttäckningen som förutsättning för medlen skall godkännas som garantikapitalbas. Därför skall investeraren inte ses som bankens fordringsägare och således inte omfattas av garantiansvaret. Inte heller drar investeraren någon nytta av den institutionella garantin, eftersom den endast medför en skyldighet att säkra den ekonomiska grunden åt institutet och att tillhandahålla de medel som krävs för att bedriva normal affärsverksamhet. Detta utesluter inte på något sätt att en tredje part är med och täcker förlusten. Förluster tillåts i princip till dess att garantikapitalbasen förbrukats. Därmed skyddas inte den passiva deläggarens kapitalintressen av att borgensmannen träder in med stöd i den institutionella garantin. Eftersom den investerare som satsar eget kapital inte omfattas av skyddet från det institutionella ansvaret och garantiansvaret, anser kommissionen att Helabas stärkta respektive bibehållna finansiella styrka ur 1998 års synvinkel inverkade positivt på de efterkommande villkor som gällde då Helaba skulle ta upp nytt eget kapital såsom passivt deläggande.
- (155) Kommissionen drar slutsatsen att den betydande förbättringen av det primära kapitalets tillsynsrättsliga täckningsgrad, som realiserades genom att det passiva delägandet genast fördes upp i balansräkningen 1998, åtminstone ur ett förhandsperspektiv var en potentiellt avgörande faktor för värderingen av den individuella finansiella styrkan och framtida finansieringsvillkor. Därför var den också en fördel för Helaba, oberoende av frågan om detta belopp användes till att finansiera konkurrensutsatt verksamhet. En investerare i en marknadsekonomi, som till följd av att hela det investerade kapitalet genast förts upp i balansräkningen, riskerade att förlora hela insatsen i fall av konkurs, skulle ha krävt en ersättning som i rimlig grad motsvarar denna förlustrisk. Å andra sidan hade Helaba gått med på en ersättning på grund av den för banken åtminstone potentiellt existerande fördelen, vars faktiska förverkligande berodde på en framtida utveckling som inte helt kunde förutses 1998. På denna punkt håller alltså kommissionen med den klagande parten BdB, både av princip och som en följd av BdB:s argumentation.

d) **Rimlig ersättning för det investerade kapitalet och jämförelse med den ersättning som faktiskt utbetalats**

- 1) Låg den avtalade ersättningen för det kapital som skulle användas till konkurrensutsatt verksamhet i linje med den som tillämpas på marknaden?

aa) Inledande anmärkningar

(156) Som redan förklarat betraktar kommissionen den kapitalåtgärd som avtalats mellan delstaten Hessen och Helaba som ett passivt deläggande. Vid undersökningen av huruvida den specifika avtalade ersättningen var rimlig i förhållande till marknaden, är det därför viktigt att avgöra om ifrågasatt ersättning kan anses befinna sig inom korridoren för ersättningsnivåer som avtalats på marknaden när det gäller ekonomiskt och juridiskt jämförbara transaktioner som inbegriper passivt deläggande.

(157) Vid marknadsjämförelsen av det passiva deläggandet skall enligt uppgift från Tyskland emellertid momseffekten – med avseende på Helabas passiva deläggande – på 0,26 % årligen beaktas. Helaba måste dessutom erlägga skatt på näringsverksamhet på ersättningen på 1,4 %, vilket delstaten Hessen inte behöver. Detta leder till en total pålaga på 1,66 % (före skatt). Investerare verksamma i Tyskland betalar skatt på näringsverksamhet på vinstandelar från passivt deläggande. Delstaten Hessen är emellertid inte skyldig att betala näringskatt. I stället måste Helaba betala skatt på näringsverksamhet på ersättningen för det passiva deläggandet. En institutionell investerare i en marknads ekonomi hade därför krävt högre ersättning än delstaten för att kompensera för den skatt på näringsverksamhet som han måste betala. I stället hade Helaba utan vidare varit redo att betala ersättningspåslaget till en sådan investerare, eftersom det inte gjorde någon skillnad för banken, om den betalade premien i form av ersättning till investeraren eller som skatt på näringsverksamhet till skattemyndigheten.

(158) När BdB hävdar att skatten på näringsverksamhet, som till övervägande delen inte alls skall erläggas till delstaten utan till kommunen, inte utgör en del av ersättningen utan är en lagstadgad pålaga som, oberoende av parternas intentioner, anknyter till ett skattemässigt faktum, är detta enligt kommissionen i sig riktigt. BdB förnekar emellertid att det i fråga om marknadsjämförelsen huvudsakligen gäller huruvida skatten på näringsverksamhet utgör en del av ersättningen eller ej. Det rör sig snarare om att i samband med marknadsjämförelsen beakta Helbas specifika situation vid delstaten Hessens upptagande av det passiva deläggandet. Vid den förestående marknadsjämförelsen bör man i synnerhet beakta den i sammanhanget uttagna särskilda pålaga som inte skulle ha tagits ut om det passiva deläggandet tagits upp från kommersiellt verksamma investerare.

(159) Därför håller kommissionen med Tyskland om att i samband med marknadsjämförelsen skall Helabas skatt på näringsverksamhet på 0,26 % årligen på den årliga ersättningen om 1,40 % läggas till, vilket ger en total pålaga om 1,66 % årligen. Skatten på näringsverksamhet kan enligt Tyskland proportionellt delas upp i två delar, med 0,23 % årligen på den ursprungliga avtalade ersättningen på 1,2 % och 0,03 % på den avtalade varaktighetspremien på 0,2 %. Med avseende på marknadsjämförelsen skall en procentsats på 1,43 % årligen för den ursprungliga ersättningen, och en procentsats på 0,23 % årligen för varaktighetspremien tillämpas.

bb) Ligger den avtalade ursprungliga ersättningen på 1,2 % årligen i linje med marknaden (inom ramen för marknadsjämförelsen motsvarar denna procentsats 1,43 % efter det att hänsyn tagits till skatten på näringsverksamhet)?

(160) Den ursprungliga ersättningen för det passiva deläggandet i fråga skall, om man utgår från den metod som tillämpas av delstaten Hessen och Helaba, beräknas på grundval av tidsbegränsade, men i övrigt jämförbara passiva innehav. Frågan om lämplig ersättning avseende delstaten Hessens passiva deläggande skall med hänsyn till eventuell avkastning på denna ursprungliga ersättning prövas separat under punkt bb).

(161) Tyskland har tillhandahållit omfattande uppgifter om ersättningsbelopp från tidsbegränsat passivt deläggande omkring tidpunkten för överföringen 1998.

(162) Vid jämförelser av premierna för passivt deläggande skall, enligt uppgift från Tyskland, differentieringar göras utifrån referensräntesatsen. Om ersättningspåslaget gäller den (föränderliga) penningmarknadsräntan (Libor eller Euribor), dvs. refinansieringssatsen för förstklassiga banker, vid föränderlig total ersättning, motsvarar den ansvarspremien för det passiva deläggandet utan att någon ytterligare anpassning krävs. Om ersättningspåslaget gäller den (fasta) räntemarknadsräntan (i regel avkastning från offentliga lån med tioårig löptid) vid fast total ersättning, består ersättningspåslaget av bankens (allmänna) refinansieringspremie till staten för tillhandahållande av likviditet och den särskilda ansvarspremien för det passiva deläggandet. För att kunna jämföra ansvarspremien med penningmarknadsrelaterade ansvarspremier skall refinansieringspremien i detta fall dras av från ersättningspåslaget. I fråga om apportegendom, som exempelvis delstaten Hessens passiva deläggande, är ersättningspåslaget precis som vid föränderliga, penningmarknadsrelaterade instrument däremot vanligen identisk med ansvarspremien.

(163) Därav följer att ersättningen för delstaten Hessens passiva deläggande i egenskap av apportegendom direkt kan

jämföras med penningmarknadsrelaterade ersättningspåslag (dvs. generellt sett föränderliga totala ersättningar), eftersom de motsvarar ansvarspremien. Vid jämförelsen med räntemarknadsrelaterade totala ersättningar skall emellertid refinansieringspremien (enligt uppgift från Tyskland på i

princip omkring 20–40 baspunkter, bortsett från kort-siktiga avvikelser nedåt eller uppåt, under berörda perioder ⁽²³⁾ dras av från dessa, för att man skall kunna beräkna den specifika ansvarspremien för det passiva delägandet.

- (164) På grundval av uppgifterna från Tyskland genomför kommissionen marknadsjämförelsen utifrån de jämförelsetransaktioner som anförs i nedanstående översikt. Delstaten Hessen och Helaba kände till dessa transaktioner antingen vid transaktionstillfället 1998 eller, om de ägde rum några månader senare, genom deras omedelbara närhet i tiden. Alltså kan vissa slutsatser dras om de marknadsvillkor som gällde vid transaktionstillfället i slutet av 1998.

Normativa jämförelsetransaktioner ⁽²⁴⁾

Beskrivning av transaktionen	Volym	Varaktighet	Kreditvärdighets-/ produktbetyg	Ersättningspåslag årigen (i baspunkter)	Referensräntesats och ev. korrigering ⁽²⁵⁾ av ersättningspåslaget genom avdrag av refinansieringspre- mien	För jämförelsen norma- tivt garanti belopp
Det passiva delägande som sparbankerna i Hessen och Thüringen hade i Helaba i december 1997	300 Miljoner mark	10 år	Kreditbetyg: Aaa/AAA (tack vare statsobliga- tioner) Produktbetyg:	1,2 %	Tioåriga federala lån (korrigering genom avdrag på 20–40 baspunkter)	80–100 baspunk- ter
Amerikanska delutbetal- ningar till fast ränta till Deutsche bank fr.o.m. 1998	1. Första delut- betalningen på 700 miljoner dollar	10 år	Kreditbetyg: AAA/Aa1 Produktbetyg: AA-	80 baspunkter	12 månaders Libor (ingen korrigering)	80 baspunkter
Amerikanska delutbetal- ningar till rörlig ränta till Deutsche bank fr.o.m. 1998	2. Andra delut- betlaningen på 700 miljoner dollar	10 år	Kreditbetyg: AAA/Aa1 Produktbetyg: AA-	140 baspunkter	10-åriga ameri- kanska statsobliga- tioner (Korrigering avdrag med 65 baspunk- ter ⁽²⁶⁾)	75 baspunkter
Passivt delägande med rörlig ränta till SGZ-Bank fr.o. m. oktober 1998	50 Miljoner mark	10 år	Kreditbetyg: A1/ A+ Produktbetyg:	120 baspunkter	12 månaders Libor (ingen korrigering)	120 baspunkter

⁽²³⁾ Se Tysklands skrivelse av den 9 april 2003, bilagorna 15 och 16. Uppgifterna gäller refinansieringspremien för Eurobanker jämfört med federala lån och refinansieringspremien för bankobligationer (tioåriga obligationer) jämfört med federala lån. I brist på uppgifter om motsvarande refinansieringspremie, jämfört med amerikanska statsobligationer, och på grundval av den principiella möjligheten till ekonomisk jämförelse använder kommissionen den tidigare omnämnda korridoren för refinansieringspremier också för amerikanska statsobligationer, eftersom det inte är de exakta sifferuppgifterna utan storleksordningen som är avgörande vid beräkningen av korridoren för den relevanta ansvarspremien.

Normativa jämförelsetransaktioner ⁽²⁴⁾

Beskrivning av transaktionen	Volym	Varaktighet	Kreditvärdighets-/ produktbetyg	Ersättningspåslag årligen (i baspunkter)	Referensräntesats och ev. korrigering ⁽²⁵⁾ av ersättningspåslaget genom avdrag av refinansieringspre- mien	För jämförelsen norma- tivist garanti belopp
Passivt deläggande till Hypo- vereinsbank fr.o.m. decem- ber 1998	1. Första delut- betalningen på 1,2 miljarder mark ⁽²⁷⁾	10 år	Kreditbetyg: Aa2, Aa3/AA- Produktbetyg: A2	160 baspunkter	Libor i tyska mark (ingen korrigering)	160 baspunkter
Delutbetalning i euro av det passiva delägandet till Dresdener Bank fr.o.m. maj 1999	500 miljoner euro	12 år	Kreditbetyg: Aa1/AA Produktbetyg: Aa2; A+	165 baspunkter	Tioåriga federala lån (korrigering genom avdrag på 20–40 baspunkter)	124–145 bas- punkter
Delutbetalning i dollar av det passiva delägandet till Dresdener Bank fr.o.m. maj 1999	1 miljard dollar	32 år	Kreditbetyg: Aa1/AA Produktbetyg: Aa2; A+	215 baspunkter	30-åriga ameri- kanska statsobliga- tioner (Korrigering avdrag med 65 baspunk- ter ⁽²⁸⁾)	150 baspunkter
Passivt deläggande till Hypo- vereinsbank fr.o.m. maj 1999	500 miljoner euro	12 år	Kreditbetyg: Aa2, Aa3/AA- Produktbetyg:	125 baspunkter	12 månaders Euri- bor (ingen korrigering)	125 baspunkter
Utbetalning i euro av per- petuals till Deutsche Bank fr.o.m. juli 1999	500 miljoner euro	Obegränsad	Kreditbetyg: Aa3/AA Produktbetyg: A1	Totalt 6,6 % (motsvarar 115 baspunkter)	Motsvarar trettio- åriga federala lån (korrigering genom avdrag på 20–40 baspunkter)	75–95 baspunk- ter
Utbetalning i dollar av per- petuals till Deutsche Bank fr.o.m. juli 1999	200 miljoner dollar	Obegränsad	Kreditbetyg: Aa3/AA Produktbetyg: A1	Totalt 7,75 % (motsvarar 160 baspunkter)	Motsvarar trettio- åriga amerikanska statsobligationer (korrigering genom avdrag på 65 baspunkter)	95 baspunkter

⁽²⁴⁾ Se särskilt Tysklands skrivelse av den 9 april 2003, bilagorna 2–4, 8–12 och 17–18.⁽²⁵⁾ Korrigering genom kommissionens avdrag på grundval av de uppgifter som Tyskland ställt till förfogande.⁽²⁶⁾ Refinansieringspremie jämfört med amerikanska statsobligationer med samma löptid, se Tysklands skrivelse av den 9 april 2003, s. 27.⁽²⁷⁾ Delutbetalningen till fast ränta, samma villkor.⁽²⁸⁾ Refinansieringspremie jämfört med amerikanska statsobligationer med samma löptid, se Tysklands skrivelse av den 9 april 2003, s. 27.

- (165) Tabellen över normativa jämförelsetransaktioner visar en korridor för ansvarspremier mellan 0,75 % och 1,6 % årligen som är avgörande för marknadsjämförelsen. Till stöd för detta har Tyskland också lagt fram en rapport från investeringsbanken [...] som visar hur ansvarspremierna har utvecklats i fråga om hybridkapitalinstrument, noterade i euro, som kan behandlas som primärt kapital från december 2001 till juli 2004 ⁽²⁹⁾. Den genomsnittliga ansvarspremien för alla kreditvärderingsklasser (som premie över Libor) rörde sig inom en korridor mellan 2,25 % årligen (tillfälligt omkring årsskiftet 2002/2003) som övre gränsvärde och omkring 0,8 % årligen som lägre gränsvärde, med ett genomsnittligt värde strax under 1,5 % årligen under denna period. Värdet för kreditinstitut med betyget A eller högre ligger enligt denna rapport omkring 10–20 baspunkter lägre än så och värdet för kreditinstitut med betyget BAA ligger mellan omkring 10 och vid den (kortvariga) toppen våren 2003 omkring 250 baspunkter högre.
- (166) Kommissionen är medveten om att de marknadsmässiga ersättningar som återfinns i tabellen i metodiskt hänseende endast kan erbjuda en mycket oprecis utgångspunkt. Därför uppvisar transaktionerna på flera sätt skillnader, särskilt i fråga om de emitterande finansinstituten, i volym och den referensränta som tillämpas. Dessa faktorer har var för sig ett betydande inflytande på prisbildningen och det skulle krävas ytterligare en marknadsundersökning för att metodiskt korrekt beräkna deras respektive inflytande på prisbildningen.
- (167) För att kunna bedöma om delstaten Hessens passiva deläggande uppfyller marknadsekonomiska villkor enligt stödreglerna krävs enligt kommissionens mening ingen sådan marknadsundersökning. Det räcker om kommissionen på grundval av trender kan försäkra sig om att den avtalade ersättningen ligger inom marknadskorridoren.
- (168) Man kan konstatera att volymen på de transaktioner som anförts i jämförelsesyfte ligger inom segmentet mellan knappt 50 miljoner mark (ca 25 miljoner euro) och omkring 1 miljard dollar (omkring 1 miljard euro, beroende på växelkurs). Volymen på delstaten Hessens passiva deläggande med dess omkring 1,2 miljarder euro ligger visserligen något över detta segment. Kommissionen stödjer emellertid Tysklands uppfattning att delstaten Hessens passiva deläggande med stöd i den ovan anförda progressiva modellen kan jämföras med en serie av fyra mindre poster av passivt deläggande på respektive 150 och 300 miljoner euro. Helaba var inte beroende av ett omedelbart tillskott av ett så stort belopp utan hade i enlighet med sin affärsplan successivt kunnat ta upp passivt deläggande av denna omfattning på marknaden. Kommissionen noterar att det främst låg i Tysklands intresse att det passiva deläggandet redan från början skulle kunna överföras i odelad form till Helaba, för att man skulle slippa dela upp tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande.
- (169) Å andra sidan gjorde delstaten Hessens passiva deläggande, även om den betraktas som en serie av passivt deläggande, att andelen passiva innehav i Helabas primära kapital steg till omkring [...] %. Detta är enligt uppgift från Tyskland betydligt högre än vad man normalt kan iaktta i fråga om hybridinstrument för primärt kapital i privatbanker. ⁽³⁰⁾ Kommissionen utgår ifrån att en privat investerare i allmänhet skulle kräva en desto högre ersättning, ju större andelen hybridinstrument för primärt kapital är i förhållande till aktiekapitalet, eftersom sannolikheten för att det passiva deläggandet och inte aktiekapitalet skulle tas i anspråk ökar om den berörda banken skulle hamna i svårigheter. Tyskland bestrider detta och hävdar att passiva innehav ofta har samma garantivärde sinsemellan och att passiva innehav som tas upp senare inte är prioriterade. Oberoende av de passiva innehavens inbördes garantiförhållanden ser kommissionen emellertid en förhöjd risk också däri att om det passiva deläggandet utgör en större andel av det primära kapitalet, grundar sig bankens risktillgångar med nödvändighet mer på passivt deläggande, varvid aktiekapitalets bufferteffekt minskar. Därmed ökar sannolikheten för att det tas i anspråk i fall av förlust eller att detta kapital fylls på långsammare i samband med bättre lönsamhet. Tyskland hävdar vidare att det inte finns några marknadsdata som visar att de som genom passivt deläggande investerar i företag med en redan förhöjd andel passivt deläggande också kräver en högre ansvarspremie. Kommissionen noterar detta och anser att det inte är nödvändigt att genomföra en metodiskt neutral kvantifiering av någon sådan premie med avseende på detta beslut. Kommissionen tar ändå detta till intäkt för att en investerare i en marknadsekonomi åtminstone inte hade godtagit ersättning i den nedre delen av marknadskorridoren.
- (170) Kommissionen anser i motsats till Tyskland att eftersom statliga garantier i form av institutionellt ansvar och garantiansvar tillämpas kan det högsta möjliga kreditbetyget AAA/Aaa som tillföll Helba i slutet av 1998 inte vara normativt för ersättningen för det passiva deläggandet. Som ovan förklarats skyddas inte den passiva deläggarens kapitalintressen av att borgensmannen träder in med stöd i den institutionella garantin.

⁽²⁹⁾ Tysklands svar av den 23 augusti 2004, bilaga 6.

⁽³⁰⁾ Svar från Tyskland av 23 augusti 2004, s. 11–12. I fråga om de privata banker i Tyskland, [...] och [...] som anges där [...] steg denna andel från omkring 5 % år 1998 till omkring 20–30 % år 2003. Enligt uppgift från Tyskland ligger emellertid Helabas andel inom den bandbredd på 33 % – 72 % som kan iakttagas hos delstatsbankerna.

(171) Därav drar kommissionen slutsatsen att värderingar som bygger på institutionellt ansvar och garantiansvar inte kan användas som indicium för vilken risk investeraren tar på sig. Det som är avgörande för detta är enligt kommissionen snarare det långsiktiga kreditbetyget utan statlig garanti. Tyskland hävdar i detta sammanhang att ett sådant betyg inte kunde bedömas avseende slutet av 1998, eftersom en motsvarande värderingsmetod för alla delstatsbanker utvecklades först efter avtalen om att avveckla statliga garantier, dvs. efter 2001 respektive 2002. Med avseende på detta beslut utgår därför kommissionen ifrån att en investerare i en marknadsekonomi hade utgått från en liknande förlustrisk i fråga om Helaba som vid en investering i en av de privata storbanker som tagits med i marknadsjämförelsen – deras kreditbetyg låg över lag inom A-området – och inte från en reducerad risk som motsvarar det bästa möjliga betyget AAA. Därför framstår inte sänkningen av det rimliga ersättningspåslaget i förhållande till uppgifterna i marknadsjämförelsen motiverad. Dessa skulle snarare kunna tillämpas direkt.

(172) Av ovanstående skäl skulle kommissionen anse att ersättning för delstaten Hessens passiva deläggande i det undre segmentet av marknadskorridoren inte vore förenlig med marknaden. Med avseende på den undersökta marknads-korridor, som gäller ansvarspremien för passivt deläggande mellan 0,75 % och 1,6 %, ligger det normativa jämförelsevärdet 1,43 % för delstaten Hessens passiva deläggande (efter det att hänsyn tagits till momseffekten) emellertid i det mellersta eller översta segmentet. Mot bakgrund av detta kan kommissionen i fråga om den ursprungliga ersättningen därför inte se att Helaba fick några särskilda förmåner och därmed heller inte något statligt stöd.

cc) Ligger det avtalade permanenta tillägget på 0,2 % årligen i linje med marknaden (inom ramen för marknadsjämförelsen motsvarar denna procentsats 0,23 % efter det att hänsyn tagits till skatten på näringsverksamhet)?

(173) Delstaten Hessens passiva deläggande är obegränsat och utgör heller inte något exempel på vad som internationellt kallas *perpetual*. Därigenom skiljer den sig från de flesta andra transaktioner som anförts av Tyskland. Dessa var redan under 1990-talet typiska och hade som regel en löptid på tio eller tolv år

(174) Ser man abstrakt på marknaden innebär passivt deläggande utan tidsbegränsning att en investerare ställs inför en högre risk för vinstbortfall och räntesvängningar, vilket en premie är tänkt att uppväga, men eftersom ingen likviditet tillhandahålls, spelade risken för räntesvängningar ingen

roll i detta fall. Vidare inskränkte delstaten sin möjlighet att disponera det passiva deläggandet mer än vad som skulle ha varit normalt vid en tidsbegränsning.⁽³¹⁾ Att det passiva deläggandet inte är tidsbegränsat ger samtidigt Helaba det ekonomiska mervärdet att den kan godkännas som primärt kapital över den ovannämnda 15 %-gränsen, vilket också skedde i det konkreta fallet. Detta framgår av den ovannämnda s.k. "Sydneyförklaringen" som Baselkommitén för banktillsyn utställde i oktober 1998.

(175) Därför avtalade delstaten Hessen och Helaba om ännu en premie för den ursprungliga ersättningen, den s.k. permanenta premien på 0,2 % årligen. Med hänsyn till den ovan diskuterade näringskattteffekten stiger den normativa nivån för marknadsjämförelser till 0,23 % årligen.

(176) Vid bedömningen av hur denna sats på 0,23 % årligen är förenlig med principen om en investerare i en marknadsekonomi, kan man endast i ringa omfattning eller inte alls utgå från marknadsuppgifter från den period då transaktionerna genomfördes. Tyskland menar att när transaktionen utformades agerade Helaba och delstaten Hessen som en sorts marknadspionjärer för att i samråd med ansvariga banktillsyns- och finansmyndigheter till fullo få den godkänd som primärt kapital över 15 %-gränsen. Enligt uppgift från Tyskland var transaktionen uppenbart den första i sitt slag. I slutet av 1998 hade avtalsparterna ännu ingen tillgång till komparativa uppgifter om varaktighetspremiens överensstämmelse med marknadens principer, eftersom ingen öppen marknad för permanent passivt deläggande kunde bildas under perioden mellan "Sydneyförklaringen" från den 28 oktober 1998 och den 1 december 1998.

(177) Kommissionen noterar för det första att en offentlig investerare eller en offentlig bank inte kan förhindras från att uppträda som marknadspionjär. En marknadspionjär måste t.o.m. få ett större spelrum vid fastställandet av villkoren än vad som är fallet det på marknaden finns fastställda riktmärke som avgör vilken normativ marknadskorridor som skall ligga till grund för marknadstestet. Sålunda kan kommissionen i alla fall pröva huruvida fastställandet av varaktighetspremien var felaktigt i ekonomiskt hänseende, dvs. byggde på felaktiga premisser.

(178) För att kunna pröva detta måste därför marknadsdata från senare tid anföras. Enligt kommissionens uppfattning kan man inte utgå ifrån att en premie för ett passivt deläggandes varaktighet varierar mycket över tiden. Från marknaden

⁽³¹⁾ Detta innebär inte automatiskt att delstaten "för evigt" har förbundit sig till Helaba eller att den aldrig mer kan komma att föfoga över medlen i det passiva deläggandet. Dessutom kan delstaten mot en särskild avgift och med Helabas godkännande avträda sina rättigheter i det passiva deläggandet till en tredje part. Det passiva deläggandets fungibilitet har alltså inte nödvändigtvis reducerats till noll.

finns emellertid inte några specifika data hämta om varaktighetspremiens storlek. Sedan Sydneyförklaringen 1998, och i synnerhet sedan 1999, har i stället *perpetual-*

instrumentet, som också omfattar det passiva delägendet, etablerat sig på marknaden.

- (179) För att kunna genomföra (den i efterhand avklarade) marknadsjämförelsen tillhandahöll inte Tyskland några separata uppgifter om storleken på den rimliga varaktighetspremien utan i stället de totala priserna på *perpetuals* respektive passivt delägende utan tidsbegränsning sedan 1999 (även reserver med en löptid på trettio år eller mer anses sakna tidsbegränsning). Dessa uppgifter har sammanställts i tabellen nedan. De *perpetuals* från 1999 som visas i tabellen ovan har för fullständighetens skull återigen tagits med här:

Normativa jämförelsetransaktioner ⁽³²⁾						
Beskrivning av transaktionen	Volym	Varaktighet	Kreditvärdighets-/produktbetyg	Ersättningspåslag årligen (i baspunkter)	Referensräntesats och ev. korrigering ⁽³³⁾ av ersättningspåslaget genom avdrag av refinansieringspremien	För jämförelsen normativt garanti belopp
Delutbetalning i dollar av det passiva delägendet till Dresdener Bank fr.o.m. maj 1999	1 miljard dollar	32 år.	Kreditbetyg: Aa1/AA Produktbetyg: Aa2; A+	215 baspunkter	30-åriga amerikanska statsobligationer (Korrigerat avdrag med 65 baspunkter ⁽³⁴⁾)	150 baspunkter
Utbetalning i euro av <i>perpetuals</i> till Deutsche Bank fr.o.m. juli 1999	500 miljoner euro	Obegränsad	Kreditbetyg: Aa3/AA Produktbetyg: A1	Fast nivå 6,6 % (motsvarar 115 baspunkter)	Motsvarar trettioåriga federala lån (korrigerat genom avdrag på 20–40 baspunkter)	75–95 baspunkter
Utbetalning i dollar av <i>perpetuals</i> till Deutsche Bank fr.o.m. juli 1999	200 miljoner dollar	Obegränsad	Kreditbetyg: Aa3/AA Produktbetyg: A1	Fast nivå 7,75 % (motsvarar 160 baspunkter)	Motsvarar trettioåriga amerikanska statsobligationer (korrigerat genom avdrag på 65 baspunkter)	95 baspunkter
Deutsche Bank fr.o.m. december 2003	300 miljoner euro	Obegränsad	Produktbetyg: A2/A	Fast nivå 6,15 % (motsvarar 99 baspunkter över mid-swaps)	Motsvarar mid-swaps (ingen korrigering)	99 baspunkter

⁽³²⁾ Se särskilt Tysklands ställningstagande av den 9 april 2003, bilagorna 2–4, 8–12 och 17–18.

⁽³³⁾ Korrigering genom kommissionens avdrag på grundval av de uppgifter som Tyskland ställt till förfogande.

⁽³⁴⁾ Refinansieringspremie jämfört med amerikanska statsobligationer med samma löptid, se Tysklands skrivelse av den 9 april 2003, s. 27.

(180) De få specifika jämförelseuppgifterna för *perpetuals* leder inte till några förändringar av marknadsjämförelsekorridoren för tidsbegränsat passivt deläggande. Den ekonomiska teorin säger emellertid att en investerare i en marknadsekonomi kräver en premie för varaktigheten i ett annars likvärdigt tidsbegränsat passivt deläggande, inte minst för att uppväga den större förlustrisken p.g.a. den starkare och längre bindningstiden. De presenterade uppgifterna visar i alla fall att marknaden för *perpetuals* inte nödvändigtvis kräver några avsevärt högre ansvarspremier än för det tidsbegränsade passiva deläggandet. Denna uppgift som i brist på ett tillräckligt antal jämförelsetransaktioner åtminstone statistiskt definitivt inte kan betecknas som välgrundad, skänker dessutom mer tilltro till Tysklands argument att varaktigheten inte gör att det passiva deläggandet kan betraktas som ett kapitalinstrument av annan typ, vilket BdB har hävdad.

(181) Tyskland har lagt fram en beräkning som jämför varaktighetspremien för den eurotransaktion utan tidsbegränsning (*perpetual*) som Deutsche Bank gjorde i juli 1999 och den tidsbegränsade transaktion som Dresdner bank genomförde i maj 1999 ⁽³⁵⁾. Deutsche Banks *perpetual* från juli 1999 uppvisade en total ersättning på 6,6 % årligen (se tabellen ovan). Den 1 juli 1999 uppgick avkastningen för tioåriga statsobligationer till 4,66 % årligen, vilket innebär att den tillhörande ersättningspåslaget uppgår till 1,94 % årligen ⁽³⁶⁾. Delutbetalningen i euro av Dresdner banks tolvåriga passiva deläggande från maj 1999 förses däremot med en ersättning som ligger 1,65 % över det tioåriga statliga obligationslånet. Därav följer en differens på 0,29 % årligen. Den ligger bara något över den i sammanhanget avtalade premien på 0,20 % årligen (0,23 % årligen, momseffekten inräknad). Differensen är något högre också av det skälet att Deutsche Banks *perpetuals* fick betyget A1 av Moody's vilket är sämre än det passiva deläggande med betyget Aa2 som togs upp av Dresdner Bank. Därför krävdes också högre ersättning.

(182) Med hänsyn till den begränsade tillgången till uppgifter åren 1998/1999, som delstaten Hessen och Helaba inte kan beskyllas för, håller kommissionen denna jämförande beräkning för trolig. Värdet 0,29 % som är resultatet av den jämförande beräkningen ligger bara obetydligt över den varaktighetspremie som avtalats mellan delstaten Hessen och Helaba. Den ligger normativt på 0,23 %. Därutöver kan

åtminstone en del av det höjda differensbeloppet förklaras med skillnader i produktbetyget, vilka vid den alternativa bedömningen av ett tidsbegränsat respektive obegränsat passivt deläggande hos Helaba torde bli mindre med tanke på emittentens identitet.

(183) Av dessa skäl kan kommissionen omöjligen påvisa att den jämförande räntenivån på 0,23 % årligen för varaktighetspremien ligger under marknadskorridoren och att Helaba därför skulle ha gynnats, dvs. erhållit statligt stöd.

dd) Rimlig hänsyn till likviditetsnackdelar

(184) Tysklands, Helabas och BdB:s argument som överensstämmer i detta avseende kan stödjas såtillvida att ett "normalt" kapitaltillskott till en bank dock tillför både likvida medel och kapitalbas, som tillsynsriktligt krävs för att utvidga affärsverksamheten. För att till fullo utnyttja kapitalet, dvs. för att utvidga de 100 % riskjusterade tillgångarna över 12,5 (100 delat med kapitaltäckningsgraden på 8 %), måste banken refinansiera sig 11,5 gånger på finansmarknaderna. Förenklat uttryckt motsvarar differensen mellan 12,5 gånger inkasserade och 11,5 gånger erlagda räntor på detta kapital – med avdrag för bankens övriga kostnader (t.ex. förvaltningskostnader) – vinsten på det egna kapitalet ⁽³⁷⁾. Delstaten Hessens passiva deläggande i Helaba ger för det första ingen likviditet – de tillgångar som överlåtits samt samtliga intäkter från tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande är enligt lag avsedda för stöd till bostadsbyggande. Därför hade Helaba ytterligare finansieringskostnader som motsvarar kapitalbeloppet när banken tog upp erforderliga medel på finansmarknaderna för att till fullo utnyttja de affärsmöjligheter som då öppnade sig, dvs. för att öka värdet på tillgångarna med kapitalbeloppet gånger 12,5 (respektive för att erhålla tillgångar i denna omfattning) ⁽³⁸⁾. En privat investerare i en marknadsekonomi kan inte förvänta sig att få samma ersättning som vid tillskjutande av kontanta medel.

(185) Annonlunda än BdB, men i likhet med Tyskland och Helaba, anser kommissionen emellertid att räntan för bruttorefinansiering är avdragsgill. Refinansieringskostnaderna utgör driftskostnader och minskar därmed den beskattningsbara inkomsten. Samma sak gäller emellertid ersättningen för ett tillskott som passivt deläggande, vilket

⁽³⁵⁾ Svar från Tyskland av den 9 april 2004, s. 28.

⁽³⁶⁾ Ersättningspåslaget för Deutsche Banks *perpetuals* (avtalad fast ersättning på 6,60 %) sätts här till 1,94 % årligen på de tioåriga tyska statliga obligationslånen, för att den lättare skall kunna jämföras med Dresdner Banks tolvåriga passiva deläggande (1,65 % över de tioåriga tyska statliga obligationslånen) och ge en uppfattning om varaktighetspremiens storlek. I tabellen ovan sätts däremot ersättningspåslaget för samma *perpetual* till 1,15 % årligen på trettioåriga tyska statliga obligationslån, eftersom dessa motsvarar den aktuella perioden (enligt marknaden kan trettioåriga lån i princip anses vara permanenta). Ersättningspåslaget för trettioåriga statliga lån är lägre, eftersom långsiktiga (trettioåriga) lån vid normal ränteutveckling – såsom i detta fall – ger en högre avkastning än kortsiktiga (tioåriga) och därmed utgör en större avdragspost från den avtalade fasta ersättningen på 6,60 % årligen.

⁽³⁷⁾ I verkligheten är situationen naturligtvis mycket mer komplicerad, exempelvis på grund av poster utanför balansräkningen, olika riskviker för tillgångar och poster utan risk. Det berör dock inte resonemanget i princip.

⁽³⁸⁾ Situationen ändras inte om man beaktar möjligheten att skaffa supplementärt kapital till samma belopp som det primära kapitalet (faktor 25 i stället för 12,5 för primärt kapital).

från första början gjorts i likvid form. I jämförelse med detta, som enligt ovanstående ligger till grund för marknadstestet, uppstår ingen ytterligare skattefördel. Bankens nettoresultat sjunker alltså i båda fallen med ett belopp som motsvarar de räntor som betalats för likviditeten. Därmed är de totala refinansieringskostnaderna avdragsgilla.

(186) Detta sakläge gör att Helaba skiljer sig kraftigt från WestLB och övriga delstatsbanker, som också varit föremål för undersökningar, eftersom de senares tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande i samtliga fall uppförts i balansräkningen och att hela ersättningen skall betraktas som en vinstdisposition, men inte som en driftsutgift, och skall betalas från den beskattade vinsten. De andra bankerna har alltså en skattefördel om kostnaderna för att anskaffa likviditet kan dras av i deklarationen. Detta hade emellertid inte varit fallet i fråga om en ursprungligen kontant, men i övrigt identisk, investering som ju är den naturliga referenspunkten.

(187) I frånvaro av (ytterligare) skattefördelar skall Helaba alltså bara betala ersättningen för den risk som delstaten Hessen utsätter sina tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande för i form av det passiva delägandet, dvs. den i baspunkter angivna ansvarspremien över den normativa referensräntesatsen.

2) *Fastställande av dels en minimiersättning för det kapital som krävs för att täcka den allmännyttiga investeringsverksamheten, dels det kapital som på grund av den s.k. progressiva modellen inte används i den konkurrensutsatta verksamheten*

(188) I WestLB-beslutet från 1999 utgick kommissionen från en växelborgenavgift på 0,5–0,6 % före skatt respektive 0,3 % efter skatt för det belopp som förts upp i balansräkningen, men som inte kunde användas i den konkurrensutsatta verksamheten. Denna växelborgenavgift utgår ifrån den räntesats på 0,3 % som Tyskland angav som rimlig växelborgenavgift för en bank som WestLB i slutet av 1991. Det finns två skäl till att kommissionen höjde denna räntenivå till 0,5–0,6 % före skatt (vilket motsvarar 0,3 % efter skatt). För det första låg det belopp på 3,4 miljarder mark (1,74 miljarder euro) över vad som normalt täcks av sådana bankgarantier. För det andra är bankgarantier vanligtvis knutna till bestämda transaktioner och begränsade i tiden.

(189) I detta undersökningsförfarande rörande Helaba uppmanade kommissionen Tyskland att ange en växelborgenavgift som kan anses vara förenlig med marknaden när det gäller en bank som Helaba. Tyskland efterkom inte denna begäran utan gjorde i stället gällande att borgensförbindelser aldrig utställdes för något annat än transaktioner och att det därför heller inte finns någon marknad, där man kan få ersättning för sådana växelborgenavgifter. Skulle kommissionen trots invändningarna kräva ersättning, kan dess omfattning enligt Tyskland endast bedömas individuellt mot bakgrund av den specifika risk som delstaten i och med detta synsatt tagit i förhållande till differensen. Eftersom risktillgångarnas planerade tillväxt med blotta [...] miljoner mark årligen motsvarade en moderat tillväxtpolitik, jämfört med WestLB, måste den mycket ringa sannolikheten för att den årligen minskande differensen skulle tas i anspråk av bankens fordringsägare i vilket fall som helst skulle leda till att en mycket ringa

ansvarspremie tillämpades. Vidare hade Helaba endast delvis använt de årligen ökande belopp för vilka fullständig ersättning skulle erhållas och i motsats till WestLB och gott och väl uppfyllt de banktillsynsrättsliga minimikvoterna för det primära kapitalet så att Helabas affärsrisker redan därigenom täcks i tillräckligt hög grad. Denna säkerhetsmarginal utesluter både att den grundläggande ersättningsnivån på 0,3 % årligen före skatt och en premie på denna nivå på 0,2–0,3 % årligen före skatt flyttas från WestLB-beslutet (totalt 0,3 % årligen efter skatt) till Helabafallet.

(190) Av dessa skäl ser sig kommissionen föranlåten att själv fastställa en rimlig växelborgenavgift för en bank som Helaba. Eftersom WestLB och Helaba i princip kan jämföras med varandra och det inte finns några andra referenspunkter utgår kommissionen ifrån att en grundläggande räntesats på omkring 0,3 % årligen före skatt kan anses lämplig. Premier på denna ränta är enligt kommissionen lämpligt. Det passiva delägandets belopp på mellan 50 och 100 miljoner euro, som på sikt är avsett för att finansiera investeringsverksamheten, är för det första betydligt lägre än motsvarande belopp på 1,7 miljarder euro i fallet WestLB. För det andra var det belopp som enligt den progressiva modellen inte fick användas till att finansiera konkurrensutsatt verksamhet, på grund av denna modell tidsbegränsat och sjönk därför till noll fram till 2003. Detta sakläge visar tydligt att delstaten Hessens risk inte var högre än i fråga om en marknadsmässig garanti till förmån för en bank som Helaba och därför var höjningen av basräntan på 0,3 % före skatt inte motiverad. Skatteavdrag kunde göras för ersättningen för hela det passiva delägandet som driftsutgift, vilket gör att den även på denna punkt skiljer sig från den skatterättsliga behandlingen av ersättningen i WestLB-beslutet. Därför betraktar kommissionen växelborgenavgiftens nivå som den som gäller före skatt, vilken till fullo kan anföras som en driftsutgift.

e) **Stödislaget**

(191) Som framgår av resonemanget ovan är det enligt kommissionen rimligt att ta ut en ersättning på 0,3 % årligen före skatt för den del av kapitalet som Helaba inte kunde använda till att finansiera sin konkurrensutsatta verksamhet, men som fördes upp i Helabas balansräkning fr.o.m. den 31 december 1998.

(192) Helaba betalar en ersättning på 1,4 % årligen men bara på det belopp som enligt den s.k. progressiva modellen kan användas till att täcka risktillgångar, dock inte på den del av det passiva delägandet som förts upp i balansräkningen, men som inte används till investeringar i den konkurrensutsatta verksamheten.

- (193) Stödslaget kan därför definieras som produkten av den växelborgenavgift på 0,3 % årligen före skatt som anses marknadsmässig och den del av det passiva delägandet som förts upp i balansräkningen, men som inte används till investeringar i den konkurrensutsatta verksamheten. Se tabellen:

Bokslutsvärde i miljoner euro	1999	2000	2001	2002	2003
1) Nettovärde i balansräkningen	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
2) Primärt kapital som faktiskt kan investeras i konkurrensutsatt verksamhet	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
3) Primärt kapital som satsas i investeringsverksamhet	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
4) Primärt kapital som kan investeras i konkurrensutsatt verksamhet, men som enligt den s.k. progressiva modellen inte skall investeras	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
5) Differensen mellan 1) och 2) motsvarar summan av 3) och 4)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
6) Säkerhetsrabatt p.g.a. lägre preliminära uppgifter i balansräkningen den 31 december 1998 (*)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
7) Kapitalbas för vilken en växelborgenavgift på 0,3 % årligen (före skatt) skall betalas som ersättning	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
8) Ersättning att betala som skall dras av som driftsutgifter, motsvarar stödslaget	1,92	1,95	1,34	0,73	0,15

(*) Anmärkning avseende punkt 6) Säkerhetsrabatt p.g.a. lägre preliminära uppgifter i balansräkningen den 31 december 1998: Enligt uppgift från Tyskland ⁽³⁹⁾ hade banktillsynens granskningsarbete ännu inte avslutats den 31 december 1998, varför ett belopp på 1 023 miljoner euro (2 000 miljoner mark) i ett första skede fördes upp i balansräkningen. Det belopp på 1 264 miljoner euro som blev resultatet av granskningsprocessen fördes omedelbart upp och kom därmed med i bokslutet för 1999. Mot bakgrund av detta förfarande anser kommissionen det vara rimligt att för Helabas vidkommande räkna med en säkerhetsrabatt på den ersättning som skall betalas för 1999 års kapitalbas. Vid kreditvärdighetsbedömningen 1999 använde sig Helabas fordringsägare av uppgifterna i årsbokslutet 1998, med det tillfälligt anförda lägre beloppet på 1 023 miljoner euro för det passiva delägandet. År 1999 skall därför ersättning i form av växelborgenavgiften på 0,3 % årligen (före skatt), dvs. [...] miljoner euro endast utgå för differensen mellan detta belopp och det primära kapital som enligt den progressiva modellen kan investeras i konkurrensutsatt verksamhet. För de följande åren motsvarar värdet i balansräkningen från föregående år det värde på det passiva delägandet som anges i årsbokslutet.

⁽³⁹⁾ Svar från Tyskland av den 23 augusti 2004, s. 6–7.

f) **Preliminärt resultat**

- (194) Kommissionen kommer därmed till slutsatsen att Helaba endast gynnas i så måtto att banken inte har betalt någon rimlig ansvarspremie varken för den del av det kapital som ställts till förfogande i form av ett passivt deläggande från delstaten Hessen, som behövdes för att täcka den allmännyttiga investeringsverksamheten, eller för den del som p.g.a. den progressiva modellen inledningsvis inte användes för den konkurrensutsatta verksamheten. Enligt kommissionens förmenande hade en ansvarspremie på 0,3 % årligen (före skatt) varit rimligt. I den mån som kapitalet kunde användas i den konkurrensutsatta verksamheten, betalades däremot den i sammanhanget avtalade ersättningen på 1,43 % årligen (skatten på näringsverksamhet medräknad) för det passiva delägandet, vilket var en rimlig nivå. Därmed föreligger inte någon gynnad ställning.

1.3. SNEDVRIDNING AV KONKURRENSEN OCH PÅVERKAN PÅ HANDELN MELLAN MEDLEMSSTATER

- (195) Genom avregleringen av finansiella tjänster och integrationen av de finansiella marknaderna har banksektorn inom gemenskapen blivit allt känsligare för snedvridningar av konkurrensen. Denna utveckling skärps nu ytterligare, eftersom genomförandet av den ekonomiska och monetära unionen innebär att de återstående konkurrenshindren på marknaderna för finansiella tjänster avskaffas.
- (196) Den gynnade banken Helaba bedriver såväl regional som internationell verksamhet. Helaba uppfattar sig som allmän affärsbank och central sparbank såväl som stat- och kommunbank. Trots sitt namn, sina traditioner och sina lagstiftade uppgifter är Helaba ingalunda någon lokal eller regional bank.
- (197) Detta visar entydigt att Helaba erbjuder banktjänster i konkurrens med andra europeiska banker såväl utanför som inom Tyskland – eftersom banker från andra europeiska länder är verksamma i Tyskland. Därmed är det fastställt att stöd till Helaba snedvrider konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstater.

1.4. RESULTAT

- (198) Om Helaba inte betalt någon rimlig ansvarspremie varken för den del som behövdes för att täcka den allmännyttiga investeringsverksamheten, eller för den del som p.g.a. den progressiva modellen inledningsvis inte användes för den konkurrensutsatta verksamheten, är alla villkor för statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget uppfyllda. Med avseende på den del av kapitalet som användes i den konkurrensutsatta verksamheten skall

ersättningen på 1,43 % (momsen inräknad) årligen för detta belopp betraktas som marknadsmässig. Sådillvida är Helaba inte något gynnat företag och det föreligger heller inget statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

2. BEDÖMNING AV FÖRENLIGHETEN MED DEN GEMENSAMMA MARKNADEN

- (199) Om överföringen av det passiva delägandet omfattar statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget, skall det undersökas huruvida stödet kan anses förenligt med den gemensamma marknaden.
- (200) Ingen av undantagsbestämmelserna i artikel 87.2 i EG-fördraget är tillämplig. Stödet är inte av social karaktär och inte heller ges det åt enskilda konsumenter. Det används inte heller för att avhjälpa skador som orsakats av naturkatastrofer eller andra exceptionella händelser, eller för att uppväga ekonomiska nackdelar som uppkommit genom Tysklands delning.
- (201) Eftersom stödet inte har något regionalt syfte – det tjänar varken som stöd för att främja den ekonomiska utvecklingen i regioner där levnadsstandarden är onormalt låg eller där det råder allvarig brist på sysselsättning, eller som stöd för att underlätta utveckling av vissa näringsverksamheter – kan varken artikel 87.3 a eller de regionala aspekterna i artikel 87.3 c i EG-fördraget tillämpas. Stödet främjar inte heller något viktigt projekt av gemensamt europeiskt intresse. Stödet har inte heller till syfte att främja kulturen eller bevara kulturarvet.
- (202) Eftersom Helabas ekonomiska överlevnad inte stod på spel då åtgärden genomfördes, uppkommer inte frågan om ett sammanbrott för ett enstaka stort kreditinstitut i Tyskland som Helaba kunde leda till en allmän kris i banksektorn, vilket enligt artikel 87.3 b i EG-fördraget kan motivera stöd för att avhjälpa en allvarig störning i den tyska ekonomin.
- (203) Enligt artikel 87.3. c i EG-fördraget kan stöd anses förenligt med den gemensamma marknaden om det underlättar utvecklingen av vissa näringsverksamheter. Detta skulle i princip även kunna gälla omstruktureringsstöd inom banksektorn. I det föreliggande fallet saknas dock förutsättningarna för att tillämpa denna undantagsbestämmelse. Helaba var inte ett företag i svårigheter, som genom statligt stöd skulle hjälpas att återställa sin lönsamhet.
- (204) Artikel 86.2 i EG-fördraget, som under vissa förutsättningar tillåter undantag från fördragets bestämmelser om

statligt stöd, gäller i princip även sektorn för finansiella tjänster. Kommissionen bekräftade detta i sin rapport "Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inom banksektorn" ⁽⁴⁰⁾. De formella kraven är inte uppfyllda i föreliggande fall. Varken det som Helaba gör för att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, eller de kostnader som banken har för denna verksamhet har angivits. Därför står det klart att överlåtelsen skedde utan koppling till några tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Därför kan inte heller denna undantagsbestämmelse tillämpas i det föreliggande fallet.

- (205) Eftersom inget av undantagen från det principiella förbudet mot statligt stöd enligt artikel 87.1 i EG-fördraget är tillämpligt, kan det ifrågavarande stödet inte anses vara förenligt med fördraget.

3. INGET KVARVARANDE STÖD

- (206) Tvärtemot Tysklands argument i andra förfaranden som rör delstatsbanker, kan kapitaltillskottet inte heller anses omfattas av den befintliga stödordningen institutionellt ansvar och garantiansvar utan måste betraktas som nytt stöd.

- (207) För det första är inte det första villkoret uppfyllt, som säger att det faktiska garantiansvaret är en garanti gentemot fordringsägare om bankens tillgångar inte längre räcker till. Kapitaltillskottet avser varken delstatsbankens fordringsägare och inte heller var delstatsbankens tillgångar uttömda.

- (208) För det andra kan inte heller institutionellt ansvar åberopas. Institutionellt ansvar kräver att de ansvariga, Sparkassenverband Hessen-Thüringen, skall förse Helaba med de medel som krävs för att driva Helaba, om de bestämmer att driva verksamheten vidare. När kapitalöverföringen gjordes var Helaba inte alls i en situation, exempelvis p.g.a. av bristande egna medel som gjorde det omöjligt att fortsätta verksamheten. Kapitalöverföringen var alltså inte nödvändig för att delstatsbanken skulle kunna fortsätta sin verksamhet. Den medvetna ekonomiska beräkning som delstaten i egenskap av (del)ägare utförde, gjorde också att delstatsbanken kunde få vetskap om framtida marknads-möjligheter inom sin konkurrensutsatta verksamhet. "Undsättningsbestämmelserna" om institutionellt ansvar är emellertid inte tillämpliga på ett sådant normalt affärs-mässigt beslut av delstaten i egenskap av (del)ägare. I avsaknad av andra tillämpliga undantagsbestämmelser om stöd enligt artikel 87.1 eller 88.1 i EG-fördraget måste

kapitalöverföringen därför betraktas som ett sådant nytt stöd som avses i artikel 87.1 och artikel 88.3 i EG-fördraget.

VII. SLUTSATSER

- (209) Stödet kan inte anses förenligt med den gemensamma marknaden, vare sig enligt artikel 87.2 eller artikel 87.3 i EG-fördraget eller enligt någon annan bestämmelse i fördraget. Därför förklaras stödet oförenligt med den gemensamma marknaden och stödsinlaget i den olagliga åtgärden skall återkrävas av Tyskland.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

1. Avståendet från en rimlig ersättning på 0,3 % årligen (före bolagsskatt) för den del av det från delstaten Hessen till Landesbank Hessen-Thüringen – Girozentrale överförda kapitalet, och som denna kunde använda som garanti fr.o.m. den 31 december 1998, är ett stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden.

2. Det stöd som omnämns i ovanstående stycke uppgår under perioden från den 31 december 1998 till den 31 december 2003 till 6,09 miljoner euro.

Artikel 2

1. Tyskland skall senast den 31 december 2004 upphöra med det stöd som avses i artikel 1.

2. Tyskland skall vidta alla åtgärder som är nödvändiga för att från stödmottagaren återkräva det stöd som avses i artikel 1 och som olagligen redan utbetalats till stödmottagaren. Återkravsbeloppet omfattar följande:

- a) för beräkningsperioden från den 31 december 1998 till den 31 december 2003 gäller det belopp som anges i artikel 1.2.
- b) för perioden från den 1 januari 2004 till den dag stödet avskaffades tillämpas ett belopp som fastställs enligt den beräkningsmetod som avses i artikel 1.1.

Artikel 3

Återkravet skall ske utan dröjsmål och i enlighet med förfarandena i nationell lagstiftning, förutsatt att dessa förfaranden gör det möjligt att omedelbart och effektivt verkställa detta beslut.

Det stöd som skall återkrävas skall innefatta ränta som löper från den dag stödet stod till stödmottagarens förfogande till den dag det har återbetalats.

⁽⁴⁰⁾ Denna rapport presenterades den 23 november 1998 för ekonomi- och finansministerrådet, men har inte offentliggjorts. Den kan erhållas från kommissionens generaldirektorat för konkurrens, och på kommissionens webbplats på Internet.

Räntan beräknas på grundval av bestämmelserna i kapitel V i kommissionens förordning (EG) nr 794/2004 ⁽⁴¹⁾.

Artikel 5

Detta beslut riktar sig till Förbundsrepubliken Tyskland.

Artikel 4

Utfärdat i Bryssel den 20 oktober 2004.

Tyskland skall inom två månader från delgivningen av detta beslut och med hjälp av frågeformuläret i bilagan underrätta kommissionen om vilka åtgärder som har vidtagits för att följa beslutet.

På kommissionens vägnar

Neelie KROES

Ledamot av kommissionen

⁽⁴¹⁾ EUT L 140, 30.4.2004, s. 1.