

KOMMISSIONENS BESLUT**av den 20 oktober 2004****om ett stöd som Tyskland beviljat till förmån för***Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale, nu HSH Nordbank AG**[delgivet med nr K(2004) 3930]***(Endast den tyska texten är giltig)**

(Text av betydelse för EES)

(2006/741/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR FATTAT DETTA
BESLUTmed beaktande av Fördraget om upprättandet av Europeiska
gemenskapen, särskilt artikel 88.2 första stycket i detta,med beaktande av avtalet om Europeiska ekonomiska sam-
arbetsområdet, särskilt artikel 62.1 a i detta,efter det att medlemsstaten och andra berörda parter har givits
tillfälle att yttra sig i enlighet med ovanstående bestämmelser ⁽¹⁾
och med beaktande av de synpunkter som därvid lämnats, och

av följande skäl:

I. FÖRFARANDE

- (1) Förfarandet avser en överföring av Wohnungsbaukreditanstalt ("WKA") tillhörande delstaten Schleswig-Holstein, Wirtschaftsaufbaukasse Schleswig-Holstein AG ("WAK") och en särskild fastighetsreserv via delstaten Schleswig-Holstein till Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale ("LSH"). Förfarandet har ett samband med sex andra förfaranden mot Tyskland på grund av överföringar av tillgångar till delstatsbanker, särskilt Westdeutsche Landesbank Girozentrale (nedan kallad "WestLB").
- (2) Kommissionen skickade den 12 januari 1993 en begäran om upplysningar till Tyskland angående en kapitalökning på 4 miljarder tyska mark till förmån för WestLB i form av ett samgående med Wohnungsbauförderanstalt (nedan kallad "Wfa") samt liknande öknings av delstatsbankernas kapitalbas i andra delstater. I begäran efterfrågade kommissionen upplysningar om vilka delstatsbanker som blivit föremål för en överföring av offentligrättsliga företag, samt enligt vilka principer transaktionerna gjorts.
- (3) Tyskland inkom med svarsskrivelser den 16 mars 1993 och den 17 september 1993. Kommissionen begärde ytterligare upplysningar genom skrivelser av den 10 november 1993 och den 13 december 1993. Tyskland lämnade dessa ytterligare upplysningar genom en skrivelse av den 8 mars 1994.
- (4) Genom skrivelser av den 31 maj 1994 och den 21 december 1994 informerades bl.a. kommissionen av Bundesverband deutscher Banken e.V. ("BdB"), som företräder affärsbanker med säte i Tyskland, om att WKA och WAK den 1 januari 1991 med alla sina tillgångar överförts till LSH. Samtidigt hade WKA:s och WAK:s uppgifter övergått till den dessförinnan grundade Investitionsbank Schleswig-Holstein ("IB"). IB drevs som särskild avdelning inom LSH. BdB ansåg att den därmed förbundna ökningen av LSH:s kapitalbas utgjorde en snedvridning av konkurrensen till detta företags fördel, då ersättningen inte stod i samklang med principen om en privat investerare i en marknadsekonomi. I den andra nämnda skrivelsen anförde BdB därför formellt besvär och begärde att kommissionen skulle inleda ett förfarande mot Tyskland enligt artikel 93.2 i EG-fördraget (numera artikel 88.2).
- (5) Klagomålet gällde även liknande överföringar av tillgångar till Landesbank Berlin, Westdeutsche Landesbank, Norddeutsche Landesbank, Hamburger Landesbank och Bayerische Landesbank. I februari och mars 1995 och december 1996 anslöt sig flera enskilda banker till klagomålet från deras förbund.
- (6) Genom skrivelser av den 6 augusti 1997 och den 30 juli 1998 underrättade BdB kommissionen om ytterligare två överföringar av tillgångar i Schleswig-Holstein och Hessen till förmån för Landesbank Schleswig-Holstein och Landesbank Hessen-Thüringen. Enligt uppgift från BdB avsåg delstaten Schleswig-Holstein att överföra sina fastighetstillgångar till IB och att avsätta dessa fastighetstillgångar i en särskild fastighetsreserv i LSH:s kapitalbas. BdB hänvisar i detta sammanhang till § 20 i utkastet till en lag om ändring av investeringsbanklagen i delstaten Schleswig-Holstein (den version som gällde den 26 juni 1997), enligt vilket fastighetstillgångarna efter avdrag av skulder skall avsättas i en särskild reserv i LSH:s kapitalbas. BdB hänvisar till lagförarbetena till § 20 i det interna betänkandet enligt vilka delstatsbankens särskilda fastighetsreserv skulle utgöra en del av garantikapitalet i enlighet med principerna i lagen om Tysklands kreditväsende. Det angivna målet att "mobilisera delstatens tillgångar för att skapa likvida medel utan att förlora delstatens beslutanderätt eller förfogande-

⁽¹⁾ EUT C 76, 28.3.2003, s. 2.

rätt" skulle inte kunna uppnås om LSH hade varit tvunget att betala marknadspris för de fastighetstillgångar som fördes över till LSH.

- (7) Kommissionen undersökte först överföringen av tillgångar till WestLB och förklarade att överföringarna till övriga banker skulle prövas mot bakgrund av resultatet av WestLB-ärendet ⁽²⁾. Genom beslut 2000/392/EG ⁽³⁾ från 1999 bedömdes stödet (skillnaden mellan den erlagda ersättningen och en marknadsmässig ersättning) vara oförenligt med den gemensamma marknaden, varför det måste upphöra. Beslutet hävdes av förstainstansrätten i en dom av den 6 mars 2003 ⁽⁴⁾ med hänvisning till att två faktorer som använts vid beräkningen av den i och för sig ostridiga ersättningen inte motiverats tillräckligt.
- (8) Den 1 september 1999 skickade kommissionen en begäran om upplysningar till Tyskland avseende överföringarna till övriga delstatsbanker. Tyskland lämnade i en skrivelse av den 8 december 1999 information om överföringen av WKA och WAK till LSH, vilken kompletterades i en skrivelse av den 22 januari 2001. En ytterligare begäran om upplysningar den 22 februari 2001 besvarades med en skrivelse från Tyskland den 3 maj 2001.
- (9) I en skrivelse av den 13 november 2002 meddelade kommissionen Tyskland att den beslutat att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget avseende överföringen av WKA, WAK och delstatsbankens särskilda fastighetsreserv till LSH. Samtidigt har kommissionen också inlett ett förfarande med anledning av liknande överföringar av tillgångar till Norddeutsche Landesbank Girozentrale, Bayerische Landesbank Girozentrale, Hamburgische Landesbank Girozentrale och Landesbank Hessen-Thüringen. Kommissionen inledde redan i juli 2002 ett förfarande avseende en överföring från WKA till Landesbank Berlin.
- (10) Beslutet om att inleda förfarandet offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* ⁽⁵⁾. Kommissionen anmodade alla berörda parter att inkomma med synpunkter.
- (11) I en skrivelse av den 11 april 2003 yttrade sig LSH om beslutet av inleda ett förfarande i LSH-ärendet.
- (12) I en skrivelse av den 14 april 2003 yttrade sig Tyskland om inledandet av förfarandet.
- (13) I en skrivelse av den 29 juli 2003 yttrade sig BdB om alla beslut av den 13 november 2002 om att inleda förfarandet.
- (14) Som svar på ytterligare en begäran om upplysningar från kommissionen av den 11 september 2003 översände

Tyskland genom skrivelser av den 29 oktober och den 6 november 2003 ytterligare upplysningar och gick in på BdB:s yttrande om LSH. Dessutom översände Tyskland den 30 oktober 2003 delstaten Nordrhein-Westfalens och WestLB:s synpunkter på BdB:s yttrande om de fem förfaranden rörande delstatsbankerna som inlemts i november 2002.

- (15) Kommissionen skickade en begäran om ytterligare upplysningar den 7 april, den 30 april, den 19 maj och den 12 augusti 2004, och Tyskland svarade genom skrivelser av den 27 maj, den 1 juni, den 23 juni, den 28 juni, den 27 augusti och den 30 september 2004.
- (16) Den 19 juli 2004 översände den klagande parten BdB, delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB AG en preliminär överenskommelse om en rimlig ersättning för de överförda tillgångarna. De anser att denna ersättning bör ligga till grund för kommissionens beslut. Överenskommelsens slutliga lydelse nådde kommissionen den 13 oktober 2004. Likaså översände BdB, delstaten Nordrhein-Westfalen och HSH Nordbank, som 2003 bildades av LSH och Hamburgische Landesbank, den 29 september 2004 en preliminär överenskommelse om en rimlig ersättning för de överförda bundna tillgångarna. Under den period som följde inkom flera skrivelser från dessa berörda parter och Tyskland till kommissionen. Överenskommelsen om en överföring av de bundna tillgångarna till LSH, i dess slutliga lydelse, inkom till kommissionen den 14 oktober 2004. Därefter följde, utom i fråga om Landesbank Hessen-Thüringen, även i övriga fall motsvarande överenskommelser med anledning av överföringen av tillgångar till delstatsbanker. Dessa överenskommelser översändes till kommissionen.

II. NÄRMARE BESKRIVNING AV ÅTGÄRDERNA

1. LANDESBANK SCHLESWIG-HOLSTEIN GIROZENTRALE

- (17) Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale (LB Kiel) med säte i Kiel är med en koncernbalansomslutning på 145,5 miljarder euro (per den 31 december 2002) en av Tysklands 15 största banker. Den grundades 1917 som Landesbank der Provinz Schleswig-Holstein. Banken var ett offentligt kreditinstitut och hade rättslig status av offentligt rättslig institution.
- (18) LSH ägs sedan 1994 av WestLB-koncernen (39,9 %), delstaten Schleswig-Holstein (25,05 %), Sparkassen- und Giroverband für Schleswig-Holstein (25,05 %) och Landesbank Baden-Württemberg (10 %). Grundvalen för denna

⁽²⁾ EGT C 140, 5.5.1998, s. 9.

⁽³⁾ EGT L 150, 23.6.2000, s. 1. Beslutet överklagades av Tyskland (mål C-376/99), Nordrhein-Westfalen (mål T233/99) och WestLB (mål T-228/99). Kommissionen har inlett ett överträdelseförfarande (mål C-209/00).

⁽⁴⁾ REG 2003, s. II-435.

⁽⁵⁾ Norddeutsche Landesbank: EUT C 81, 4.4.2003, s. 2; Bayerische Landesbank: EUT C 81, 4.4.2003, s. 13; Hamburgische Landesbank: EUT C 81, 4.4.2003, s. 24 och Landesbank Hessen-Thüringen: EUT C 73, 26.3.2003, s. 3.

ägarstruktur är den överföring av stamaktier som skedde per den 1 januari 1994 från delstaten Schleswig-Holstein och Sparkassen- und Giroverband für Schleswig Holstein till WestLB och Landesbank Baden-Württemberg. Före överföringen innehade delstaten och Sparkassen- och Giroverband vardera 50 % av stamaktierna.

(19) Den 2 juni 2003 bildades HSH Nordbank AG med den rättsliga formen aktiebolag genom sammanslagningen av LSH och Hamburgische Landesbank. Skattemässigt och i balansräkningen gäller sammanslagningen retroaktivt fr.o.m. den 1 januari 2003.

(20) I LSH:s årsredovisning för 2003 konstaterades för koncernen en andel primärt kapital på 6,5 % och en kapitaltäckningsgrad på 10,3 %. Avkastningen på eget kapital uppgick 2002 till 10,4 %.

(21) LSH var enligt § 42 i delstaten Schleswig-Holsteins sparkasselag ålagd att fungera som statsbank, sparkassecentralbank samt affärsbank. Den skulle ta hand om delstatens bankaffärer, understödja sparkassorna i utförandet av deras uppgifter och bevilja kommunala krediter. Som statsbank beviljade den krediter till den offentliga budgeten, deltog – delvis som medlem i ett konsortium med privata banker – i placeringen av delstatslån och en viss typ av lån (Schuldscheindarlehen). Dessutom fungerar LSH som universalbank.

(22) LSH hade över 2 500 anställda och var både regionalt förankrad och internationellt inriktad. Den ansåg sig vara "Nordens bank" och betraktade Nordtyskland och Östersjöområdet som sin kärnregion. Banken hade egna filialer, representationskontor och holdingbolag och var internationell produkt- och sektorspecialist på områdena transport-, fartygs- och fastighetsfinansiering och i ökande grad även på området bildande av konsortier. Dessutom var banken aktör på den internationella kapitalmarknaden.

2. ÖVERFÖRINGEN AV WKA:S OCH WAK:S TILLGÅNGAR OCH DEN SÄRSKILDA FASTIGHETSRESERVEN TILL LSH

2.1. UPPRÄTTANDE OCH UTVECKLING AV INVESTITIONS-BANK SCHLESWIG-HOLSTEIN

(23) Genom lagen om *Investitionsbank Schleswig Holstein* (investeringsbanklagen) av den 11 december 1990 grundades IB såsom en organisatoriskt och ekonomiskt självständigt offentligrättslig institution utan egen rättskapacitet inom LSH per den 1 januari 1991. IB:s refinansiering sker i LSH:s namn och genom förmedling av LSH.

(24) IB är det centrala stödorganet för främjande av den ekonomiska politiken och strukturpolitiken i Schleswig-Holstein. IB:s produktutbud omfattar främjande av handel och industri, främjande av bostadsbyggande, främjande av miljö- och energiprojekt, stöd till kommuner, jordbruksstöd

samt projektledning på delstats- och kommunnivå ⁽⁶⁾. Vid sidan av omfattar IB:s verksamhet åtgärder för att förbättra infrastrukturen i Östersjöområdet.

(25) IB avstyckades från LSH genom lagen av den 7 maj 2003, som trädde i kraft den 1 juni 2003, med rättslig verkan den 1 juni 2003 och retroaktiv effekt på balansräkningen fr.o.m. den 1 januari 2003, och upprättades som offentlig-rättslig institution med egen rättskapacitet under namnet "Investitionsbank Schleswig-Holstein" med säte i Kiel. Alla tillgångar och skulder som anslagits till den avstyckade Investitionsbank Schleswig-Holstein överfördes dit genom en generell övergång. Trots den retroaktiva effekten på balansräkningen

fr.o.m. den 1 januari 2003 kunde LSH täcka sin konkurrensutsatta verksamhet med IB:s tillgångar på samma sätt som tidigare t.o.m. den 1 juni 2003.

(26) Fastighetsförvaltningsbolaget *Liegenschaftsverwaltung Schleswig-Holstein* (LVSH) upprättades också som en offentlig-rättslig institution med egen rättskapacitet, med huvudkontor i Kiel, med rättslig verkan den 1 juni 2003 och med retroaktiv effekt på balansräkningen fr.o.m. den 1 januari 2003. De bundna fastighetstillgångarna styckades därför av och överfördes till LVSH den 1 juni 2003. Samtidigt överfördes alla tillgångar och skulder till LVSH genom en generell övergång. Trots den retroaktiva effekten på balansräkningen fr.o.m. den 1 januari 2003 kunde LSH fortsätta att täcka sin konkurrensutsatta verksamhet med de bundna fastighetstillgångarna på samma sätt som tidigare t.o.m. den 1 juni 2003.

2.2. ÖVERFÖRINGEN AV WKA TILL LSH

(27) WKA upprättades den 1 juni 2003 som offentligrättslig institution med beteckningen *Landestreuhandstelle für Wohnungs- und Kleinsiedlungswesen in Schleswig-Holstein* genom lagen av den 31 mars 1950. Den hade i uppgift att stödja delstatens insatser för att förse befolkningen med passande bostäder, främst genom att främja offentligt och subventionerat bostadsbyggande. WKA:s tillgångar bestod av särskilda fondmedel (*Sondervermögen*) och egna medel (*Eigenvermögen*). De särskilda fondmedlen var enligt lag öronmärkta för att främja socialt bostadsbyggande. WKA:s egna medel var inte försedda med en sådan öronmärkning. WKA utnyttjade de egna medlen till att bevilja byggnadslån till särskilt förmånliga räntor ⁽⁷⁾.

(28) I överensstämmelse med § 2.1 i investeringsbanklagen överfördes WKA tillsammans med alla sina tillgångar exklusive avvecklingskostnaderna per den 1 januari 1991 på LSH. Därmed bestämdes WKA:s samgående med LSH genom § 2.1 i investeringsbanklagen. Enligt § 14.1 i investeringsbanklagen övergick alla WKA:s uppgifter och kompetenser som tas upp i bilaga 1 till investeringsbanklagen per den 1 januari till IB.

⁽⁶⁾ Jfr investmentbankens verksamhetsberättelse 1998, s. 1.

⁽⁷⁾ Meddelande från Tyskland av den 8 december 1999, s. 84.

2.3. ÖVERFÖRINGEN AV WAK TILL LSH

- (29) WAK var ett specialkreditinstitut i form av aktiebolag som upprättats av delstaten. Det hade i uppgift att ge ekonomiskt stöd till industriföretag för projekt och andra åtgärder i syfte att stärka den ekonomiska strukturen och kommunikationsstrukturen.
- (30) Genom § 3 i investeringsbanklagen befullmäktigas finansministern överta samtliga WAK:s tillgångar inklusive alla rättigheter och förpliktelser. Denna fullmakt var nödvändig eftersom WAK såsom aktiebolag inte – i likhet med WKA – kunde gå samman med LSH. WAK:s tillgångar överläts därför genom en total övergång enligt § 359 i aktielagen framför allt till delstaten för att därefter kunna överföra tillgångarna till LSH. Detta motsvarar ekonomiskt överföringen av WAK till LSH.
- (31) Finansministeriet gjorde bruk av denna fullmakt och antog erbjudandet från WAK:s styrelse den 19 november 1990 om en överföring av tillgångarna den 2 januari 1991. Genom ett överföringsavtal mellan delstaten och LSH av den 2 januari 1991 reglerades överföringen av WAK:s tillgångar tillsammans med alla rättigheter och förpliktelser per den 1 januari 1991 ⁽⁸⁾.
- (32) Enligt § 14.1 i investeringsbanklagen fortsatte IB att fullgöra samtliga WAK:s uppgifter som anges i bilaga 2 till investeringsbanklagen.

2.4. ÖVERFÖRINGEN AV DEN SÄRSKILDA FASTIGHETSRESERVEN TILL LSH

- (33) Enligt § 17.2 i investeringsbanklagen befullmäktigades delstaten Schleswig-Holsteins finans- och energiministerium att överlåta fastighetstillgångar på IB. I och med försäljningen blev IB juridisk och ekonomisk ägare av de överlåtna fastigheterna. Enligt uppgift från Tysklands regering fick IB dock inte fritt förfoga över de överlåtna fastigheterna. I stället måste fastighetstillgångarna, inklusive eventuella överskott från dessa, användas till särskilda ändamål.
- (34) Enligt § 20.1 i investeringsbanklagen betecknades de överförda fastighetstillgångarna i enlighet därmed som en särskild fastighetsreserv. Enligt § 20.2 måste intäkterna från fastighetstillgångarna användas till underhåll, förvärv och nybyggnation av fastigheter. De fick även – efter beslut av delstatsregeringen – användas till IB:s uppgifter eller återföras till delstaten.
- (35) Delstaten Schleswig-Holstein sålde i flera delar totalt [...] ^(*) delstatsägda fastigheter till IB. Köpesumman för var och en

av fastigheterna fastställdes utifrån marknadsvärdet, vilket i förhand fastställdes genom en värdeberäkning.

- (36) Vid varje tillfälle överförde delstaten Schleswig-Holstein en del av den erhållna köpesumman till LSH via den s.k. särskilda fastighetsreserven. Dessa överföringar av delstatens fastighetstillgångar hade följande inverkan på LSH:s kapitalbas i balansräkningen: Förvärvet av den första delen via IB medförde en ökning av LSH:s kapitalbas vid balansdagen den 31 december 1999 såsom framgår av balansräkningen med [...] miljoner mark. Genom förvärvet av den andra delen växte den särskilda fastighetsreserven vid balansdagen den 31 december 2000 med totalt [...] miljoner mark. Efter förvärvet av den tredje delen nådde den särskilda fastighetsreserven vid balansdagen den 31 december 2001 totalt [...] miljoner mark och förblev konstant t.o.m. den 31 december 2002 ⁽⁹⁾.
- (37) Enligt uppgift från Tyskland hade den särskilda fastighetsreserven vare sig någon finansieringsfunktion eller någon affärsverksamhetsutvidgande funktion för LSH. Det kunde inte användas i affärsverksamheten, eftersom det inte erkändes som primärt kapital i banktillsynshänseende av den tyska tillsynsmyndigheten för kreditväsendet *Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen* ⁽¹⁰⁾ ("BAKred").

3. KAPITALKRAV ENLIGT KAPITALBASDIREKTIVET OCH KAPITALTÄCKNINGSDIREKTIVET

- (38) Enligt rådets direktiv 89/647/EEG av den 18 december 1989 om kapitaltäckningsgrad för kreditinstitut ⁽¹¹⁾ (nedan kallat "kapitaltäckningsdirektivet") och rådets direktiv 89/299/EEG av den 17 april 1989 om kapitalbasen i kreditinstitut ⁽¹²⁾ (nedan kallat "kapitalbasdirektivet"), enligt vilka lagen om kreditväsendet (*Kreditwesengesetz*, "KWG") reformerades, skall bankerna ha ett garantikapital på minst 8 % av sina riskjusterade tillgångsposter. Av detta skall minst 4 procentenheter bestå av s.k. primärt kapital (Tier 1-kapital), som omfattar de delar av kapitalet som står till ett kreditinstituts förfogande för obegränsad och omedelbar användning till täckning av risker eller förluster när sådana uppkommer. Det primära kapitalet är ur tillsynsperspektiv avgörande för bankens tillgång till eget kapital, eftersom det supplementära kapitalet (Tier 2-kapital) bara får täcka bankens risktransaktioner med högst det belopp bankens primära kapital uppgår till.
- (39) Till den 30 juni 1993 ⁽¹³⁾ skulle de tyska bankerna anpassa sina bestånd av garantikapital till de nya kraven enligt kapitaltäcknings- och kapitalbasdirektivet ⁽¹⁴⁾. Redan innan kapitaltäckningsdirektivet införlivades i tysk lagstiftning var

⁽⁹⁾ Meddelande från Tyskland av den 30 september 2004.

⁽¹⁰⁾ Numera *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* ("BaFin").

⁽¹¹⁾ EGT L 386, 30.12.1989, s. 14. Ersatt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/12/EG (EGT L 126, 26.5.2000, s. 1).

⁽¹²⁾ EGT L 124, 5.5.1989, s. 16, ersatt av direktiv 2000/12/EG.

⁽¹³⁾ Egentligen borde de nya kapitaltäckningskraven ha trätt i kraft redan den 1 januari 1993. Ikraftträdandet försenades i Tyskland.

⁽¹⁴⁾ Enligt kapitaltäckningsdirektivet skall kreditinstitutens kapitalbas uppgå till minst 8 % av deras riskjusterade tillgångsposter, medan det i den gamla tyska bestämmelsen krävdes en kvot på 5,6 %. Denna kvot byggde dock på en snävare definition av kapitalbas än den som gäller sedan kapitalbasdirektivet trädde i kraft

⁽⁸⁾ Meddelande från Tyskland av den 8 december 1999, s. 89.

^(*) Konfidentiell uppgift.

många delstatsbanker relativt dåligt utrustade med garanti-kapital. För kreditinstituten i fråga var det därför absolut nödvändigt att stärka den egna kapitalbasen för att förhindra att deras företagsexpansion begränsades eller för att åtminstone kunna behålla sina befintliga affärsvolym. På grund av det ansträngda finansiella läget kunde de offentliga ägarna emellertid inte tillföra något nytt kapital, men ville å andra sidan inte heller privatisera och finansiera tillskottskapital via kapitalmarknaderna. Därför beslutade man att överföra tillgångar och kapital, t.ex. tillgångarna i Nordrhein-Westfalens byggnadsfond ("WfA") till WestLB och de tidigare nämnda fondmedlen i WKA och WAK till LSH, och senare även fastigheterna.

4. FÖLJDERNA AV ÖVERFÖRINGARNA TILL LSH

4.1. ÖVERFÖRINGEN AV WKA:S OCH WAK:S TILLGÅNGAR TILL LSH

(40) Enligt uppgift från Tyskland överfördes WKA:s egna tillgångar och WAK:s tillgångar till IB:s särskilda reserv.

(42) Eftersom den särskilda reserven var öronmärkt för stödåtgärder – även om den utgjorde kapitalbas – stod de överförda tillgångarna inte oinskränkt till LSH:s förfogande. Av IB:s särskilda reserv på 1 306 miljoner mark användes 1991 288 miljoner mark till IB:s stödåtgärder. Enligt uppgift från Tyskland var följande belopp tillgängligt för LSH för användning i den konkurrensutsatta verksamheten, eller användes de facto av LSH som en garantigräns, under tidsperioden 1991–2003:

Tabell 1

Överfört IB-kapital samt kapital tillgängligt för och de facto använt i den konkurrensutsatta verksamheten (årliga genomsnittliga värden)

	1991 (4 Mo.)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003 (5 Mo.)
IB-kapital totalt	1 306,0	1 312,2	1 337,9	1 387,0	1 472,0	1 563,0	1 665,9	1 763,0	1 814,0	1 817,0	1 849,2	1 923,9	1 967,6
Erkänt med stöd av banktillsyns-lagstiftningen	1 306,0	1 312,2	1 337,9	1 387,0	1 472,0	1 563,0	1 665,9	1 763,0	1 814,0	1 817,0	1 849,2	1 923,9	1 967,6
Använt av IB	288,0	299,0	383,9	363,0	380,0	391,0	401,9	417,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
För LSH tillgängligt belopp	1 018,0	1 013,1	954,0	1 024,0	1 092,0	1 172,0	1 264,0	1 346,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Av LSH de facto använt belopp	0	0	347,0	326,0	161,0	508,0	815,0	1 104,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

i milj. mark

(43) Tyskland uppger att LSH per den 31 december 1990 hade 581 miljoner mark i primärt kapital och 100 miljoner mark i supplementärt kapital. I förhållande till den dåvarande kapitalbasen på 681 miljoner mark ökade tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande med 1 306 miljoner mark och därmed kapitalbasen med ungefär 190 %.

baserad på den då gällande kapitaltäckningsgraden på 5,6 % enligt den då gällande lagen om kreditväsendet (*Kreditwesengesetz*, "KWG") med minst 18 000 miljoner mark.

(44) Om man utgår ifrån att 1 013 miljoner mark var tillgängliga för LSH:s konkurrensutsatta verksamhet 1992, ökade dess utlåningskapacitet för lån med 100 % riskvikt

(45) Om man utgår ifrån att 1 024 miljoner mark (1994) och [...] miljoner mark (2002) var tillgängliga för LSH:s konkurrensutsatta verksamhetsområden, sedan dess att gemenskapens kapitaltäckningsgrad på 8 % varit tillämplig, ökade dess utlåningskapacitet för lån med 100 % riskvikt med 12 800 miljoner mark (1994) respektive över [...]

⁽¹⁵⁾ Meddelande från Tyskland av den 8 december 1999, s. 90.

⁽¹⁶⁾ Meddelande från Tyskland av den 8 december 1999, s. 91.

⁽¹⁷⁾ Meddelande från Tyskland av den 8 december 1999, s. 94.

miljoner mark (2002). 1999 förfogade den över så mycket som [...] miljoner mark, vilket motsvarade en kapacitetsökning på minst [...] miljoner mark.

- (46) I realiteten kunde den tillåtna kreditvolymen öka ännu mer, eftersom risken för banktillgångar normalt inte kan anses vara 100 % ⁽¹⁸⁾. Detta gäller även LSH, eftersom LSH bl.a. gör refinansieringstransaktioner med sparkassor och bedriver kreditverksamhet med kommuner. På basis av en realistisk riskvikt, som i fallet LSH troligen är lägre än 50 %, bör det vara möjligt att fördubbla den ovan nämnda utvidgningen av affärsverksamheten till över 30 000 miljoner mark.

4.2. ÖVERFÖRINGEN AV DE DELSTATSÄGDA FASTIGHETSTILLGÅNGARNA TILL LSH

- (47) Enligt uppgift från Tyskland vägrade BAKred i en skrivelse av den 25 maj 1999 att erkänna den särskilda fastighetsreserven som primärt kapital i banktillsynshänseende. I skrivelsen bedömde BAKred visserligen den särskilda fastighetsreserven som primärt kapital i banktillsynshänseende, men inte som kapitalbas i banktillsynshänseende. Enligt BAKred var de överförda fastighetstillgångarna, och

- (50) LSH har betalat följande ersättningar ⁽²²⁾:

därmed också den särskilda reserv som bildades omedelbart efter LSH:s förvärv av dessa, när som helst avdragsgilla ⁽¹⁹⁾.

- (48) Efter denna vägran sökte LSH, enligt Tyskland, inte på nytt BAKred:s godkännande av den särskilda fastighetsreserven som primärt kapital, inte ens med tanke på det pågående förfarandet beträffande akastningens storlek. Till följd av detta kan enligt Tyskland IB varken använda den särskilda fastighetsreserven i den konkurrensutsatta verksamheten eller i den egna verksamheten ⁽²⁰⁾.

5. ERSÄTTNING FÖR DET ÖVERFÖRDA EGNA KAPITALET

5.1. ERSÄTTNING FÖR WKA:S OCH WAK:S TILLGÅNGAR

- (49) LSH betalade ersättning för det överförda IB-kapitalet, men endast för det garantibelopp som faktiskt användes. Enligt tillgänglig information avtalades om en schablonersättning för 1993 på 900 000 mark. För 1994–1996 betalades ett s.k. vinstförskott (*Gewinnvorab*) på 0,5 % på de delar av den särskilda reserven som tagits i anspråk för konkurrensinriktad verksamhet vid sidan av en schablonersättning på 750 000 mark (1994) och 200 000 mark (1995). För åren 1997–2002 uppgick vinstförskottet till [...] % av de delar av IB-kapitalet som tagits i anspråk för konkurrensinriktad verksamhet ⁽²¹⁾. För åren 1991–1992 betalades ingen ersättning.

Tabell 2

Utbetalad ersättning för överfört IB-kapital efter skatt

i miljoner mark

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Utbetalad ersättning efter skatt	0	0	0,9	2,4	1,0	2,5	5,0	6,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

- (51) För LSH var enligt Tyskland dock inte det nya kapitaltäckningsdirektivet ensamt utslagsgivande för överföringen av WKA- och WAK-tillgångarna. Syftet med att överföra de öronmärkta fordringar avseende lån som beviljats för att främja socialt bostadsbyggande utan att tillåta dem att användas som likvida medel var att möjliggöra en så effektiv användning av tillgångarna som möjligt för att, för det första, vidga kapitalbasen för vidare stödaktiviteter och, för det andra, lönsamt utnyttja dessa tillgångar. Delstaten ansåg att en sammanslagning av WKA och WAK med LSH

var den ekonomiskt bästa lösningen, även jämfört med alternativet att skapa ett stödorgan i form av en juridisk person ⁽²³⁾. Sammanslagningen kunde även stärka LSH ekonomiskt vid en eventuell försäljning av andelar. Samtidigt innebar sammanslagningen ett långsiktigt säkerställande av LSH:s egna kapitalbas med avseende på de skärpta gemenskapsbestämmelserna ⁽²⁴⁾. Utökningen av garantikapitalet spelade enligt Tyskland en avgörande roll för beslutet att överföra WKA:s och WAK:s tillgångar till LSH.

⁽¹⁸⁾ Se fotnot 3, punkt 64.

⁽²²⁾ Meddelanden från Tyskland av den 14 april 2003, bilaga 1, och av den 30 september 2004.

⁽¹⁹⁾ Skrivelse från BAKred av den 25 maj 1999.

⁽²⁰⁾ Meddelande från Tyskland av den 3 maj 2001, s. 2.

⁽²¹⁾ Meddelanden från Tyskland av den 8 december 1999, s. 96 och av den 29 oktober 2003, s. 18.

⁽²³⁾ Meddelande från Tyskland av den 8 december 1999, s. 86.

⁽²⁴⁾ Meddelande från Tyskland av den 8 december 1999, s. 88.

5.2. ERSÄTTNINGEN FÖR FASTIGHETSTILLGÅNGARNA

- (52) Tyskland anger att LSH inte betalade någon ersättning till delstaten Schleswig-Holstein för de tillgångar som överfördes i form av särskild fastighetsreserv ⁽²⁵⁾.

III. SKÅL FÖR INLEDANDE AV FÖRFARANDET

- (53) I beslutet av den 13 november om att inleda ett förfarande konstaterade kommissionen att överföringarna av WKA:s och WAK:s tillgångar och placeringen av [...] milj. EUR i en särskild fastighetsreserv tillhörande delstaten Schleswig-Holstein troligen utgjorde statligt stöd till LSH i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

- (54) Utgångspunkten för kommissionens bedömning var principen om en privat investerare i en marknadsekonomi. Enligt den principen utgör blotta omständigheten att företag är offentligt ägda och tillförs offentliga medel inte statligt stöd. Endast om medel ställs till detta offentliga företags förfogande på villkor som inte hade beviljats på normala marknadsvillkor, är det fråga om beviljande av en förmån genom tillskott av statliga medel.

- (55) I det aktuella ärendet ansåg kommissionen att den ekonomiska fördel som beviljats LSH genom tillskottet av eget kapital framför allt bestod av en ökning av utlåningskapaciteten i LSH:s kommersiella, konkurrensutsatta kreditverksamhet (användning av eget kapital för att utvidga affärsverksamheten). På normala marknadsvillkor skulle ett tillskott av kapital kompenseras med en ersättning som motsvarar värdet på detta kapital och de risker som tagits. Som riktpunkt för fastställandet av marknadsmässiga ersättningar för överfört kapital skall således ses den långfristiga räntesatsen för riskfria investeringar (t.ex. tyska statsobligationer med tioårig löptid), som skall kompletteras med en riskpremie som återspeglar de ökade riskerna för kapitalbasen. Eftersom ersättningssatsen för en långfristig riskfri investering uppgick till ungefär 9 % ⁽²⁶⁾ per år vid utgången av 1990 när överföringen av tillgångar ägde rum, betvivlade kommissionen allvarligt att den utbetalda schablonersättningen och/eller en ersättning på 0,5 % respektive [...] % per år för den kapitalbas som faktiskt tagits i anspråk kunde anses marknadsmässig, även om den nödvändiga riskpremien inte beaktades.

- (56) Kommissionen betvivlade också att en privat investerare i en marknadsekonomi skulle ha gått med på att begränsa sin ersättning till den del av medlen som faktiskt togs i anspråk.

- (57) Kommissionen medgav dock i sitt beslut om att inleda ett förfarande att den bristande likviditeten för det aktuella tillskjutna egenkapitalet inte får lämnas obeaktat vid fastställandet av den marknadsmässiga ersättningen. Även om bankens icke likvida kapital tillåter en utvidgning av

kreditvolymen måste hänsyn tas till att LSH, vid tillskott av icke-likvida kapitalinsatser, endast kan uppnå största möjliga ökning av affärsvolymen vid en refinansiering av hela den ytterligare kreditvolymen på kapitalmarknaden. Delstaten kunde därför inte förvänta sig samma avkastning som en tillhandahållare av likvida medel, och ersättningen måste minskas i motsvarande mån.

- (58) Kommissionen kunde inte se att delstaten Schleswig-Holstein vid överföringen av WAK:s och WKA:s tillgångar hade sett till att den i lämplig omfattning skulle delta i fördelningen av bankens vinst och i ökningen av dess värde. Framför allt hade delstaten Schleswig-Holstein inte insisterat på en ändring av ägarförhållandena till sin fördel, vilket dock hade varit nödvändigt för att säkerställa att utbetalningen av vinstutdelning och värdestegringar motsvarade storleken på det investerade kapitalet. Dessutom hade delstaten sedan den 1 januari 1994 inte ökat utan sänkt sin andel av denna värdestegring.

- (59) Kommissionen kom därför i sitt beslut om att inleda ett förfarande fram till slutsatsen att åtgärderna till förmån för LSH, som främst bedriver verksamhet på regional nivå, men även på nationell och internationell nivå, utgjorde statligt stöd enligt artikel 87.1 i EG-fördraget. Eftersom inget av undantagen i artikel 87.2 och 87.3 i EG-fördraget var tillämpligt i detta fall, föreföll det statliga stödet inte förenligt med den gemensamma marknaden.

IV. SYNPKTER FRÅN TYSKLAND OCH LSH

- (60) IB:s kapital sades endast ha varit av begränsad användbarhet för LSH, eftersom det till skillnad från normalt primärt kapital inte fyllde – eller endast delvis fyllde – tre funktioner: a) Finansieringsfunktion, som LSH endast hade förfogat över om WAK och WKA hade överförts fullständigt. b) Garantifunktion, som reducerades kraftigt, eftersom IB:s kapital var underordnat i ansvar i förhållande till LSH:s övriga egenkapital. Vidare garanterade ett avtal om skyldighet att fylla på tillgodohavandet med kompletterande medel att IB:s kapital inte ens skulle användas om LSH drabbades av betalningsoförmåga. c) IB-kapitalet hade endast begränsad användbarhet för att generera intäkter, eftersom, för det första, delar av det måste dras av för att användas som säkerhet för delstatens fastighetstillgångar som förts över till IB och, för det andra, den del av IB:s kapital som var tillgängligt för LSH hade krympt under de senaste åren pga. IB:s egen utvidgning av sin affärsverksamhet.

- (61) Det överförda IB-kapitalet kunde således inte betraktas som en normal investering i aktiekapital och de särskilda omständigheterna minskade den ersättning som delstaten kunde förvänta sig att få.

⁽²⁵⁾ Meddelande från Tyskland av den 29 oktober 2003, s. 2.

⁽²⁶⁾ I LSH:s verksamhetsberättelse för 1990 anges på s. 28 värden mellan 8,8 % och över 9 %. I 1991 års verksamhetsberättelse anges på s. 27 värden för detta år på mellan 8,4 % och 9,17 %. Eftersom överföringen av WAK:s och WKA:s tillgångar skedde den 1 januari 1991, hade överenskommelsen om en marknadsmässig ersättning byggts på den då kända avkastningen för 1990.

- (62) Vidare gjordes gällande att det inte förelåg något stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget. För det första bestämdes vid tidpunkten då IB-kapitalet överfördes förhållandet mellan LSH och garanterna fortfarande i hög grad av de särskilda garantiarrangemang som de offentlig-ägda bankerna i Tyskland åtnjöt, dvs. institutionellt ansvar (*Anstaltlast*) och garantiansvar (*Gewährträgerhaftung*). Med institutionellt ansvar avses garanternas skyldighet att förse institutionen med de finansiella medel som krävs för att den ska kunna fullgöra sina uppgifter och därmed garantera dess funktion under hela dess existens. Genom överföringen av IB-kapitalet uppnåddes exakt detta syfte. Att reducera det institutionella ansvaret till att endast innebära en skyldighet för garanten att skydda institutionen från konkurs vore att förringa den historiska betydelsen hos detta garantiarrangemang. För det andra hävdar LSH att den tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. För det tredje strider enligt LSH kravet på en genomsnittlig avkastning mot artikel 87.1 jämte artikel 295 i EG-fördraget, eftersom det strider mot principen om likabehandling av privata och offentliga företag att ålägga en offentlig investerare ett sådant särskilt krav.

Lämplig ersättning enligt principen om en privat investerare i en marknadsekonomi

- (63) Tre olika ekonomiska metoder diskuterades som kunde användas för att beräkna den normala marknadsmässiga ersättningen för en kapitalöverföring: försäkringspremietyntaxen, riskprofilanalys och jämförelse med en investering i aktiekapital.
- (64) Utgångspunkten vid försäkringspremie-metoden är det faktum att överföringen av WAK och WKA till LSH var belagd med restriktioner och att likviditeten, på grund av öronmärkningen, i sin helhet förblev inom delstaten. Följaktligen skall ersättning endast betalas för den risk som delstaten löper att IB:s kapital kan komma att användas om delstatsbanken hamnar i obestånd.
- (65) Enligt riskprofilanalysen är utgångspunkten för att fastställa den lämpliga marknadsmässiga ersättningen den risk som ligger till grund för investeringen i en banks garantikapital. För detta ändamål kommer överföringen av tillgångar, såsom IB:s kapital, att jämföras med sådana kapitalmarknadsinstrument som i fråga om ekonomisk profil är jämförbara med delstatens investeringar. På grundval av detta fastställs den lämpliga marknadsmässiga ersättningen.
- (66) Jämförelsen med en investering i aktiekapital är visserligen väsentligt mer komplicerad och ger lättare upphov till fel, men om den tillämpas rätt bör den ge samma resultat som de båda andra metoderna. Följande kommentarer gjordes om utgångsräntan och om de enskilda påslagen och avdragen:
- (67) Minimivkastning efter skatt: Utgångspunkten på 12 % anses för hög med tanke på de nuvarande lönsamheten i banksektorn, särskilt i de offentliga bankerna. Bassatsen borde ligga på 11 %. Hänvisningar görs här till olika utlåtanden som lades fram i WestLB-förfarandet.
- (68) Riskpremien: Riskpremien på 1,5 % i beslut 2000/392/EG anses inte vara berättigad och bör slopas helt. LSH:s kapitaltillskott uppgick endast till totalt 1,6 mrd. mark, jämfört med WestLB:s tillskott på totalt 5,9 mrd. mark (omfattande kapitalplacering). Dessutom är det ur investerarens synpunkt inte storleken på investeringen som är viktig, utan riskstrukturen. Det faktum att det inte skedde någon ökning av rösträtten är i LSH:s fall inte relevant, eftersom en ökning av antalet röster inte skulle ha medfört ett ökat inflytande. Även det tredje skäl som anges, IB-kapitalets brist på fungibilitet, avfärdas som ogiltigt, eftersom IB-kapitalet hade förts över till LSH på obegränsad tid men inte oåterkalleligt.
- (69) Avdraget p.g.a. bristande likviditet: Likviditetsnackdelen består i det faktum att LSH på grund av inskränkningarna i överföringen endast erhöll IB-kapitalet som efterställt kapital och måste erhålla motsvarande likviditet på kapitalmarknaden, eftersom IB-kapitalets likviditet måste förbli inom delstaten. Den extra räntesatsen på det främmande kapitalet – upp till nivån för den riskfria räntesatsen – bör därför dras av i sin helhet från den avkastning som delstaten i sin egenskap av investerare kräver. I WestLB-förfarandet tillämpade kommissionen ett avdrag som var hälften så stort, varvid man angav som skäl minskningen av bankens beskattningsbara inkomst och den resulterande lägre nivån på beskattningsunderlaget för bolagsskatten. Detta förfaringsätt anses vara inkorrekt. Bolagsskatten på en normal investering är i praktiken en förskottsbetalning av investerarens inkomst- eller bolagsskatt. Därför påförs bolaget inte denna skatt enligt den tyska lagstiftningen om företagsbeskattning.
- (70) Bolagsskattemässigt krediteringsförfarande: Om kommissionen vill tillämpa jämförelsen med en investering i aktiekapital, måste den enligt LSH antingen dra av skattetillgodohavandet från avkastningen hos en jämförbar privat investerare eller lägga till ett motsvarande fiktivt skattetillgodohavande till delstatens avkastning.
- (71) Ägareffekten, kupongeffekten, avdraget för den fasta ersättningen: LSH nämner andra ekonomiska effekter som medför en minskning av vad som kan anses vara en "rimlig" ersättning för IB:s kapital.
- (72) Det ansågs vidare ovidkommande vid tillämpningen av lagstiftningen om statligt stöd på vilket sätt delstaten Schleswig-Holstein ersatte LSH för överföringen av IB-kapitalet. Vid bedömningen av den ersättning som betalades till delstaten måste de synergieffekter som överföringen medförde beaktas. Överföringen av IB-kapitalet till LSH gjorde det möjligt för delstaten Schleswig-Holstein att erhålla ett högre pris än som annars hade varit möjligt för WestLB:s och Landesbank Baden-Württembergs andelar i LSH.

(73) Det angavs även att den särskilda fastighetsreserven varken hade en finansieringsfunktion eller inkomstgenererande funktion för LSH, eftersom den inte erkändes av BAKred som primärt kapital i banktillsynshänseende. Därför behöver ingen ersättning utbetalas för de tillgångar som överförts till LSH i form av den särskilda fastighetsreserven, eftersom överföringen inte för LSH innebar någon ekonomisk fördel för vilken en privat investerare i en marknadsekonomi skulle ha krävt ersättning.

(74) Sammanfattningsvis utgör överföringen av tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande från delstaten Schleswig-Holstein till LSH inte något statlig stöd. En hypotetisk privat investerare hade gjort en jämförbar överföring. Delstaten erhöll en rimlig, marknadsmässig ersättning av LSH för denna överföring.

V. SYNPKUNKTER FRÅN BDB

(75) Enligt BdB har LSH inte betalat någon rimlig ersättning för det överförda primära kapitalet och har därför fått statligt stöd.

(76) I sina synpunkter av den 29 juli 2003 på det förfarande som inlett den 13 november 2002 med avseende på delstatsbanken förklarade BdB att frågan om huruvida ersättningen var rimlig bör avgöras med tillämpning av den metod som kommissionen använde i beslut 2000/392/EG.

(77) I ett första steg borde det kapital som ställts till förfogande jämföras med andra instrument för eget kapital. I ett andra steg borde man sedan fastställa vilken minimiersättning en investerare skulle förvänta sig i utbyte mot sin investering i en delstatsbanks egenkapital. Slutligen skulle påslag och avdrag på grund av överlåtelsens särskilda karaktär beräknas.

Jämförelse med andra instrument för eget kapital

(78) BdB konstaterade i synpunkterna att överföringen av fordringarna avseende lån som beviljats för att främja socialt bostadsbyggande och tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande i alla fem nämnda förfaranden gällande delstatsbanker, och därmed i fallet LSH, kan jämföras med ett tillskott av aktiekapital.

(79) Nästan alla delstatsbanker påstås ha behövt nytt primärt kapital fr.o.m. 1992 för att uppfylla de strängare kraven på grund av kapitaltäckningsdirektivet. Utan dessa kapitalökningar hade delstatsbankerna varit tvungna att minska sin verksamhet. Därför kan man enligt BdB sluta sig till att det tillförda kapitalet bara kan jämföras med sådana instrument för eget kapital som godkändes som primärt kapital (Tier 1-kapital) och stod till förfogande i Tyskland det år då överföringen skedde. Detta uteslöt från början

preferensaktier utan rösträtt, vinstandelsbevis och s.k. *Perpetual Preferred Shares* (preferensaktier utan tidsbegränsning) från en eventuell jämförelse. I Tyskland godkänns dessa tre instrument för eget kapital inte som primärt kapital, utan bara som supplementärt kapital (Tier 2-kapital). Dessutom fanns inte *Perpetual Preferred Shares* i Tyskland i början av nittioalet.

(80) Vid tidpunkten för respektive överföring erkändes bara aktiekapital och passiva innehav som primärt kapital i Tyskland. En jämförelse med passivt deläggande kunde därmed uteslutas i samtliga fall. För det första var passiva innehav, till skillnad från aktiekapital som ställts till förfogande, giltiga bara en viss tid eller kunde sägas upp och måste betalas tillbaka till investeraren när de upphört att gälla. En investerare kan därför inte vänta sig att få samma ersättning för ett passivt innehav som för instrument för eget kapital som med stöd av banktillsynslagstiftningen godkänns för en obegränsad tid.

(81) För det andra, även om det i vissa fall gjordes gällande att det tillförda kapitalet var underordnat aktiekapital på grund av avtal mellan delstatens ägare, behövde detta inte betyda en lägre risk för investeraren. I samtliga fall utgjorde det tillförda kapitalet en betydande del av det sammanlagda primära kapitalet, ibland mer än 50 %. Därför är det mycket sannolikt att det överförda kapitalet åtminstone delvis utnyttjades vid förluster ⁽²⁷⁾.

(82) För det tredje hävdar BdB att skillnaden mellan passiva innehav och aktiekapital också bekräftas av den definition av primärt kapital som Baselkommittén för banktillsyn antagit för banktillsynsändamål. Enligt denna definition måste passiva innehav i banktillsynshänseende enbart godkännas som s.k. Lower-Tier-1-kapital. Detta kapital får utgöra högst 15 % av den erforderliga andelen primärt kapital. Om andelen primärt kapital är 4 %, måste med andra ord 3,4 % utgöras av grundkapital och öppna reserver (t.ex. de bundna tillgångar som överförts till delstatsbankerna). Dessutom tog bankerna bara i liten omfattning upp underordnade instrument för eget kapital, såsom preferensaktier eller vinstandelsbevis. Under påtryckningar från kreditvärderingsinstituten utgjorde sådana instrument knappast någonsin mer än 10 % av bankens sammanlagda primära kapital – en helt annan situation än i de fall som undersöks här. Därför kan passivt deläggande inte användas i stora volymer när det rör sig om en ensam investerare.

⁽²⁷⁾ För övrigt betalades en risk- eller ansvarspremie i första hand på grund av förlustrisken i händelse av insolvens. I det fallet vore kapitalet oåterkalleligt förlorat. Vid en löpande (partiell) förlust, dvs. en som inte beror på insolvensen, fanns det alltid en chans att det egna kapitalet kunde fyllas upp på nytt genom vinster.

Minimiersättning för aktiekapitaltillskott till en delstatsbank

- (83) BdB gör gällande att samtliga metoder för att fastställa en rimlig ersättning (avkastning) för det aktiekapital som ställts till förfogande utgår från en riskfri avkastning och lägger till en riskpremie.

Metoderna bygger på följande grundprincip:

Förväntad avkastning på en riskinvestering

= Riskfri avkastning + riskpremie för riskinvesteringen

- (84) För att fastställa den riskfria avkastningen utgår BdB från avkastningen på statsobligationer med lång löptid, eftersom värdepapper med fast ränta som emitteras av statliga organ är en investeringsform med låg eller ingen risk ⁽²⁸⁾.

- (85) För att derivera riskpremien tar BdB först fram "marknadsriskpremien", alltså skillnaden mellan den långfristiga genomsnittliga avkastningen på aktier och statsobligationer. I sina synpunkter av 29 juli 2003 utgår BdB från antagandet om en enhetlig långfristig marknadsriskpremie på 4,6 %.

- (86) I ett andra steg fastställde BdB betavärdet för delstatsbankerna, dvs. bankernas individuella riskpremier genom vilka den allmänna marknadsriskpremien skulle anpassas. Enligt egen uppgift fastställde BdB betavärdena statistiskt, vilket innebär att de beräknades på grundval av ett historiskt dataurval. BdB kom därefter till resultatet att samtliga betavärden för samtliga delstatsbanker och undersökta perioder är större än ett ⁽²⁹⁾.

- (87) På grundval av en riskfri basräntesats på 9,74 % och en betafaktor för LSH på 1,1105 kom BdB till en förväntad minimiersättning för en investering i aktiekapitalet i LSH vid tidpunkten för överföringen av IB-kapitalet på 14,85 % per år för tidpunkten 31 december 1990.

Påslag och avdrag på grund av transaktionens särskilda kännetecken

- (88) BdB konstaterar vidare att det avdrag från minimiersättningen som kommissionen gjorde i sitt beslut 2000/392/EG på grund av bristen på likviditet i Wfa-tillgångarna hade bekräftats av förstainstansrätten. Det finns ingen anledning att avvika från den metoden i föreliggande fall, och därför bör ett likviditetsavdrag göras. Storleken på avdraget på grund av bristande likviditet fastställs med hjälp av den metod som tillämpades i WestLB-ärendet på grundval av

refinansieringskostnaderna netto (refinansieringskostnaderna brutto minus bolagsskatt).

- (89) Enligt BdB:s uppfattning ledde tre omständigheterna vid överföringarna till en ökning av riskerna jämfört med en "normal investering i aktiekapital": den delvis exceptionellt stora volymen på de överförda tillgångarna, den uteblivna emitteringen av nya andelar i företaget och det därmed förknippade avståndet från ytterligare rösträtt samt investeringens brist på funktibilitet, dvs. omöjligheten att när som helst ta det investerade kapitalet ur företaget igen.

Kapitalbas och ersättningsfaktorer

- (90) Slutligen hävdade BdB att vid beräkningen av en rimlig ersättning i fallet LSH bör hela det belopp som erkänts som primärt kapital beaktas och inte bara den del som faktiskt togs i anspråk. BdB motiverar detta med att en privat investerare i en marknadsekonomi inte skulle gå med på att begränsa sin ersättning till den del av medlen som faktiskt användes. För en privat investerare som tar risken att förlora sin investering är det ovidkommande om kreditinstitutet faktiskt använder det överförda kapitalet till att utvidga sin verksamhet. Det avgörande för en privat investerare är snarare att han inte längre kan investera det beloppet och därmed inte kan få någon motsvarande avkastning.

- (91) BdB ansåg även att en ersättning på 0,3 % borde ha betalats för den särskilda fastighetsreserven, som ännu inte har erkänts av BAKred som eget kapital i banktillsynshänseende. Även om de inte godkänns som primärt kapital står dessa medel till förfogande för delstatsbankens fordringsägare för att täcka förluster, och både kreditvärderingsföretag och investerare inriktar sig inte endast på en banks primära kapital, utan även på det ekonomiska egna kapital som redovisas i balansräkningen. Den årliga ansvarsprovision (*Haftungsprovision*) på 0,3 % som kommissionen utgick ifrån i WestLB-beslutet, och som den räknat sig fram till genom att jämföra kapitalbeloppet med en garanti, verkar därför lämplig.

VI. TYSKLANDS REAKTION PÅ SYNPUKTERNA FRÅN BDB OCH NYA SYNPUKTER FRÅN TYSKLAND

⁽²⁸⁾ För att avvärja inflationseffekter bör avkastningssatsen för en långfristig statsobligation fastställas för varje överföringsperiod, till att börja med utan hänsyn till inflationsförväntningarna. För att beräkna den långfristiga riskfria basräntesatsen adderas därefter den beräknade siffran för de långfristiga genomsnittliga inflationsförväntningarna på 3,60 % till den "reala basräntesatsen".

⁽²⁹⁾ För jämförelsens skull ger BdB också de teoretiska betavärdena som beräknats med hjälp av Capital Asset Pricing Model (CAPM), vilka, såsom BdB påpekar, knappast skiljer sig från de empiriskt fastställda värdena.

- (92) I sitt svar av den 29 oktober 2003 på BdB:s synpunkter avvisar Tyskland BdB:s argument att ersättning även skall betalas för IB-kapital som godkänts med stöd av banktill-

- synslagstiftningen men inte används. Enligt Tyskland innebär denna del av IB-kapitalet inte någon ekonomisk fördel för LSH och kräver därför ingen ersättning. Inte allt extra garantikapital som är godkänt med stöd av banktillsynslagstiftningen innebär en fördel för en bank. Vidare var det kapital som överfördes till LSH inte likvida aktiekapitaltillgångar, utan icke-likvida aktiekapitaltillgångar som – i bästa fall – hade begränsad garantifunktion och därför inte kunde användas av LSD för investerings- eller utlåningsändamål.
- (93) Tyskland avvisar också argumentet att ersättning skall betalas för den del av det överförda kapitalet som inte var godkänt enligt banktillsynslagen (i fallet LSH den särskilda fastighetsreserven). Eftersom detta kapital har försetts med en varaktig öronmärkning har det enligt Tyskland befunnit sig i ett finanstekniskt kretslopp och har därmed inte ökat LSH:s kapitalbas och följaktligen inte inneburit någon fördel för LSH. Vidare påpekade Tyskland att kreditvärderingsinstituten uteslutande inriktar sig på sådant primärt kapital med garantifunktion som godkänts med stöd av banktillsynslagstiftningen. Därför fanns det enligt Tyskland inget skäl för banktillsynsmyndigheterna och fordringsägarna att betrakta den särskilda fastighetsreserven som en varaktig värdereserv.
- (94) Tyskland påpekar att IB-kapitalet till sin beskaffenhet närmast påminner om *Perpetual Preferred Shares*, vinstandelsbevis och passivt deläggande.
- (95) Tyskland påpekade att LSH:s garantier 1994 hade avtalat om en proportionell skyldighet att fylla på tillgodohavandet med kompletterande medel som säkerställde att IB-kapitalet inte skulle tas i anspråk i den – osannolika – händelse att LSH skulle ställa in sina betalningar. Därigenom skulle en investerare i en delstatsbank löpa en risk för vilken ersättning skall utgå, så till vida att det överförda kapitalet skulle kunna gå förlorat till följd av löpande förluster. Den avtalade efterställningen utgjorde dock enligt Tyskland ett skydd mot denna risk.
- (96) BdB:s beräkning av minimiersättningen anses vara felaktig av flera skäl: inkorrekt angivna beräkningsfaktorer i CAPM (*Capital Asset Pricing Model*), orealistisk uppskattning av den garanterade fasta ersättningen och oklara påslag och avdrag.
- (97) Tyskland är även kritisk till den CAPM som används av BdB för att bestämma minimiavkastningen för investeringar i aktiekapital i delstatsbankerna. Kritik framförs inte endast mot CAPM:s lämplighet när det gäller beräkna den förväntade avkastningen på en investering som skulle ge en fast ersättning, utan även mot de använda faktorerna (riskfri räntesats, marknadsriskpremie och betavärde).
- (98) Tyskland yttrycker betänklighet inför den metod som BdB använder vid beräkningen av räntesatsen, en realränta per en viss dag. I stället borde ett genomsnittligt värde över en så lång tidsperiod som möjligt användas. Tyskland tillämpar ett aritmetiskt medelvärde av de årliga "total returns" i REX10 Performance-indexet på den tyska börsen mellan februari 1970 och december 1990, som ger resultatet 6,91 %.
- (99) Tyskland avvisar värdet 4,6 % som BdB använder för marknadsriskpremien och anser att man bör utgå från värdet 3,0 %.
- (100) BdB:s användning av CDAX-bankerna för beräkningen av betavärdet anses ge upphov till snedvridningar, eftersom, för det första, de fem största affärsbankerna tillsammans utgör en mycket stor andel av CDAX-bankerna (76 %) och, för det andra, de har olika verksamhetsprofil. Det korrekta betavärdet för LSH bör i stället fastställas genom att välja en jämförbar grupp, IKB, BHF-Bank och Vereins- und Westbank, vilket ger ett betavärde på 0,7894.
- (101) Sammanfattningsvis utgår Tyskland därför ifrån minimiersättning för en aktieliknande investering i LSH den 31 december 1990 (med tillämpning av en betafaktor på 0,7894, en marknadsriskpremie på 3 % och den nämnda basräntesatsen på 6,91 %) på 9,28 %.

VII. YTTRANDE FRÅN DELSTATEN NORDRHEIN-WESTFALEN OCH WESTLB

- (102) Den 30 oktober 2003 översände Tyskland ett genmäle från delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB till beslutet av den 13 november 2002 om att inleda ett förfarande, där de bestred att tillgångar som överförts till delstatsbankerna kan jämföras med aktiekapital, särskilt inte när det gäller LSH. De hävdade att passivt deläggande och s.k. perpetuals klassats som primärt kapital i Tyskland sedan 1991. De tillade att ersättningen inte bör beräknas på hur överlåtelsen klassas av banktillsynsmyndigheterna, utan på investeringsriskprofil. Eftersom tillgångarna var andraklasskapital liknade risken snarare passivt deläggande eller s.k. perpetuals än aktiekapitaltillskott.
- (103) WestLB har inga invändningar mot CAPM-metoden för att beräkna minimiersättningen i samband med aktiekapitalinvesteringar. Däremot ansåg WestLB att de betavärden på över 1 som fastställts av BdB inte var rimliga. En betafaktor på mer än 1 innebär att företagsaktien utgjorde en större risk än marknaden som helhet. Risken med att investera i en delstatsbank var dock betydligt mindre än den totala marknadsrisken på grund av det institutionella ansvaret (*Anstaltslast*) och garantiansvaret (*Gewährträgerhaftung*), som inte bestreds vid den tidpunkten.

- (104) Dessutom påstods det i det specifika fallet med delstatsbankerna vara fel att som beräkningstal använda den avkastning som förväntades vid den tidpunkt då tillgångarna överfördes till delstatsbankerna. Detta är i princip en lämplig beräkningsgrund vid tillämpningen av testet om en privat investerare. Här innebar det dock att avkastningsförväntningarna för 1991 användes som grund. Att en investerare 2003 skulle ha fått en avkastning som motsvarade avkastningsförväntningarna 1991, som var mycket större än den faktiska avkastningen, strider dock mot alla ekonomiska realiteter. Den schematiska tillämpningen av en avkastningsnivå på 12 % innebär en nackdel för delstatsbankerna i förhållande till konkurrenterna som inte kan motiveras.
- (105) Vad beträffar avdraget för bristande likviditet i de överförda tillgångarna ansåg WestLB och delstaten Nordrhein-Westfalen att satsen för riskfria statsobligationer helt och hållet skulle dras av från grundavkastningen. Delstatsbankerna hade inte fått några likvida medel vid överföringarna av tillgångar. Det är inte ekonomiskt hållbart att reducera beräkningsgrunden med skattebesparingen eftersom ersättningen för kapitalmarknadsinstrument inte är beroende av skattesituationen. Annars måste priset på ett kapitalmarknadsinstrument anpassas till den rådande skattemässiga situationen.
- (106) Slutligen skall det faktum att tillgångarnas bristande likviditet inte utgjorde någon fara för likviditeten ses som en omständighet som minskar riskerna och därmed ersättningen. Detta bör beaktas genom att ett motsvarande avdrag tillämpas. 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.
- VIII. ÖVERENSKOMMELSEN MELLAN BDB,
DELSTATEN SCHLESWIG-HOLSTEIN OCH HSH
NORDBANK**
- (107) Den 8 oktober 2004 fick kommissionen kännedom om en överenskommelse mellan de klagande BdB, delstaten Schleswig-Holstein och HSH Nordbank som 2003 bildades av LSH och Hamburgische Landesbank. Trots skiljaktiga rättstolkningar enades parterna i överenskommelsen om parametrar för att beräkna en rimlig ersättning och angav vilken ersättning de själva ansåg lämplig.
- (108) Parterna begärde att kommissionen skall ta hänsyn till resultaten av överenskommelsen när den fattar sitt beslut. Parterna fastställde till att börja med, på grundval av CAPM, den förväntade minimiersättningen för en hypotetisk investering i aktiekapital i LSH. De anser att en lämplig minimiersättning för de bundna tillgångarna ligger kring 9,29 %. Vid beräkningen av denna minimiersättning användes dessutom den långfristiga räntesatsen för riskfria lån som har fastställts av delstatsbanken med hjälp av Deutsche Börse AG:s REX10 Performance Index och den betafaktorer som beräknades på grundval av ett utlåtande från KPMG från den 26 maj 2004 som hade beställts av delstatsbanken. Rent konkret hade LSH vid överföringen den 31 december 1990 en riskfri grundinsats på 6,61 %. Som betafaktor användes enligt KPMG:s undersökning ett värde på 0,670. Marknadsriskpremien fastställdes till 4 % (densamma för alla delstatsbanker).
- (109) Därefter fastställs ett avdrag på grund av bristande likviditet. För beräkningen av bruttokostnaderna för refinansieringen användes ånyo den riskfria räntesatsen på 6,61 %. Nettokostnaderna för refinansieringen beräknades enligt ett schablonskattetryck på LSH vid överlåtelsen till 50 % vilket ger ett likviditetsunderskott på 3,31 %.
- (110) Slutligen följde ett påslag på 0,3 % på grund av att rösträttigheter inte utdelats.
- (111) Detta ger sammanlagt ett ersättningsvärde för de bundna tillgångarna på 6,28 % netto efter skatt för den del av tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande som har kunnat användas i LSH:s konkurrensutsatta verksamhet. Denna ersättning skulle erläggas i slutet av den månad då det primära kapitalet godkändes (31.8.1991).
- (112) Enligt överenskommelsen består stödläget därmed av skillnaden mellan å ena sidan den av LSH faktiskt betalda ersättningen och den beräknade rimliga ersättningen på 6,28 % som HSH Nordbank måste betala tillbaka.
- (113) Parterna kom även överens om en garantiprovision på 0,3 %, som skulle betalas både på garantikapitalet, som IB själv använde, och på den särskilda fastighetsreserven. Vidare ifrågasatte inte HSH Nordbank att en ansvarsprovision på 0,3 % per år på det i balansräkningen redovisade beloppet 1 306,05 miljoner mark skall betalas för perioden mellan överföringen av kapital och den sista dagen i månaden för BAKred:s godkännande av detta som primärt kapital (1 januari 1991–30 augusti 1991).
- (114) Under förhandlingarna om överenskommelsen föreslogs för första gången att, förutom den redan nämnda ersättningen för IB-kapitalet, en ytterligare ersättning bestående av IB:s årliga överskott skulle betalas till delstaten Schleswig-Holstein som en utdelning. Som rättslig grund för denna utdelning angavs § 17.2 i investeringsbanklagen (1990 års upplaga) jämte § 19.2 i investeringsbanklagen (1998 års upplaga). Enligt dessa bestämmelser skall det årliga överskottet från IB:s särskilda reserv utbetalas till delstaten (i varje enskilt fall utifrån ett motsvarande beslut av delstatsbanksorganen). Enligt en bestämmelse i delstaten Schleswig-Holsteins budgetlagstiftning skall dessa utbetalningar vara avsedda för IB, dvs. för delstatens stödåtgärder, och i enlighet med detta skall de överföras tillbaka till IB. Genom detta förfarande säkerställdes delstatsregeringens budgetbefogenheter, eftersom det är parlamentet, inte exekutivet, som skall bestämma över dessa medel. Med ekonomisk terminologi rörde det sig om ett *pay out and claw back*-arrangemang som inte hindrade delarna från att

räknades som utbetalning av utdelning.

- (115) Detta kretslopp bröts dessutom av att öronmärkningen upphävdes genom ett flertal tillämpningsföreskrifter till budgeten, som var och en avsåg det årliga överskottet. I dessa fall återinvesterades inte de utdelningar som betalades ut i IB. Eftersom öronmärkningen upphävdes, utbetalades

överskottet i dess helhet under dessa år till delstaten Schleswig-Holstein för finansiering av utgifter i delstatsbudgeten. Det bör påpekas att lejonparten av de här diskuterade utbetalningarna rör belopp som, av den anledningen, inte överfördes tillbaka till IB, utan förblev i sin helhet inom delstaten.

- (116) Nedanstående tabell visar IB:s utbetalningar av utdelning till delstaten:

Tabell 3

IB:s utbetalningar av utdelning till delstaten Schleswig-Holstein (i miljoner mark)

i milj. mark

	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
IB-utbetalningar av utdelning till delstaten	0,0	0,0	1,1	2,6	1,5	2,5	3,5	47,5	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

- (117) I enlighet med detta måste dessa utbetalningar av utdelning från det årliga överskottet vid beräkningen av stöddelen och togs också med av parterna i överenskommelsen vid deras beräkningar.

IX. BEDÖMNING AV ÅTGÄRDERNA

1. STATLIGT STÖD ENLIGT ARTIKEL 87.1 I EG-FÖRDRAGET

- (118) 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 snedvrider konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det snedvrider handeln mellan medlemsstaterna.

1.1. STATLIGA MEDEL

- (119) Med den ovan beskrivna överföringen av tillgångar bestämde sig delstaten Schleswig-Holstein för en kapitalökningsmetod som byggde på grundkonceptet att överföra WKA:s och WAK:s tillgångar och fastigheter till LSH för att stärka dess kapitalbas. Även om de överförda medlen inte stod till LSH:s oinskränkta förfogande, eftersom den särskilda reserven var öronmärkt för stödåtgärder, var kapitalet godkänt enligt banktillsynslagen, och därför kunde de användas som täckning av LSH i bankens konkurrens med andra kreditinstitut. Det står därför utom tvivel att statliga medel överfördes till LSH.

1.2. GYNNANDE AV ETT VISST FÖRETAG

- (120) Vid bedömningen av om överföringen av statliga medel till ett företag i offentlig ägo gynnar detta företag och följaktligen utgör statligt stöd enligt artikel 87.1 i EG-fördraget, tillämpar kommissionen den marknadsekonomiska investerarprincipen. Denna princip har EG-domstolen och förstainstansrätten godtagit och vidareutvecklat i flera rättsfall, särskilt i det för detta ärende relevanta sammanhanget i förstainstansrättens dom av den 6 mars 2003 i målet WestLB ⁽³⁰⁾.

a) Principen om privata investerare i en marknadsekonomi

- (121) Enligt principen om en investerare i en marknadsekonomi 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" ⁽³¹⁾. 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.

- (122) Principen om den privata investeraren i en marknadsekonomi är tillämplig här även om LSH var ett lönsamt företag vid tidpunkten för överföringen av tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande. Det faktum att principen

⁽³⁰⁾ Se fotnot 4.

⁽³¹⁾ Kommissionens meddelande till medlemsstaterna om tillämpningen av artiklarna 92 och 93 i EG-fördraget och artikel 5 i kommissionens direktiv 80/723/EEG om offentliga företag inom tillverkningssektorn, EGT C 307, 13.11.1993, s. 3, punkt 11. Visserligen gäller detta meddelande uttryckligen tillverkningsindustrin, men principen gäller utan tvivel på samma sätt alla andra branscher. Beträffande finansiella tjänster har detta bekräftats i en rad beslut av kommissionen, t.ex. i ärendena *Crédit Lyonnais* (EGT L 221, 8.8.1998, s. 28) och *GAN* (EGT L 78, 16.3.1998, s. 1).

hittills i huvudsak tillämpats på företag som är i svårigheter begränsar inte dess tillämpning till denna kategori av företag.

- (123) Det finns ingen regel som säger att det faktum att ett företag går med vinst på förhand utesluter möjligheten att ett kapitaltillskott innehåller statligt stöd. Till och med om ett företag går med vinst kan en privat investerare i en marknadsekonomi avstå från att tillföra (ytterligare) kapital om han inte kan räkna med en rimlig avkastning (i form av utdelningar eller värdetillväxt) på det investerade kapitalet. Om företaget vid tiden för investeringen inte ger den förväntade rimliga avkastningen skulle en privat investerare i en marknadsekonomi kräva åtgärder för att öka avkastningen. Därför är den marknadsekonomiska investerarprincipen tillämplig på samma sätt på alla offentliga företag och det oberoende av om de går med vinst eller förlust. Kommissionens ståndpunkt har bekräftats av förstainstansrätten i domen i WestLB-målet ⁽³²⁾.

- (124) Mot bakgrund av detta beslut lyder den centrala frågan i denna bedömning huruvida en investerare som agerar enligt marknadsekonomiska principer hade överfört kapital av samma typ som delstaten Schleswig-Holsteins fastighetstillgångar och mrdel avsedda att främja bostadsbyggande på samma villkor, särskilt med tanke på den väntade avkastningen från investeringen.

- (125) Enligt Tyskland var det av central betydelse att samla alla delstatens stödaktiviteter och utföra dem på ett mer ekonomiskt och effektivt sätt för att optimera såväl samråd om och genomförande av stöd och skapa förutsättningar för flexibel användning av medlen. Denna omorganisation kombinerades med en höjning av LSH:s kapitalbas, vilket bidrog till att säkra den långsiktiga expansionskapaciteten givet de förutsebara förändringarna i kapitaltäckningskraven. Vidare avsåg delstaten att i grunden förändra inriktningen på sin affärsverksamhet genom att själv förvalta sina fastigheter och de fastigheter som användes av de delstatens olika avdelningar och institutioner i syfte att minska ineffektiviteten.

- (126) En privat investerare i en marknadsekonomi kommer också i det fallet att han redan äger aktier i ett företag att undersöka andra investeringsmöjligheter utanför företaget. Den privata investeraren kommer i regel att besluta sig för att investera ytterligare medel i det offentliga företaget endast om han kan förvänta sig en rimlig avkastning på de investerade medlen. För att besvara frågan om ett tillskott av kapital är ett statligt stöd skall man därför principiellt inte ta någon hänsyn till aktieägarnas långfristiga avkastningsutsikter och heller inte till effektivitets- och synergiaspekter. I stället skall också en aktieägars investering – oavsett motiven för investeringen – bedömas på grundval av om han kan förvänta sig en normal avkastning på de extra medlen inom en rimlig tidsperiod.

- (127) Förstainstansrätten har inte ifrågasatt denna tolkning av den marknadsekonomiska investerarprincipen, som kommissionen följde redan i sitt beslut 2000/392/EG ⁽³³⁾. Förstainstansrätten har på samma sätt i detta avseende utgått från att inte heller en privat investerare som redan är delägare i ett företag normalt nöjer sig med att en investering inte medför förluster eller att den bara inbringar en begränsad vinst. Snarare kommer han alltid att sträva efter att uppnå en rimlig avkastning på sina investeringar i förhållande till rådande omständigheter och hans egna intressen på kort, medellång eller lång sikt ⁽³⁴⁾.

- (128) Mot bakgrund av den marknadsekonomiska investerarprincipen är kärnfrågan för den aktuella bedömningen huruvida en privat investerare i en marknadsekonomi på samma villkor skulle ha överfört kapital som har samma kännetecken som delstaten Schleswig-Holsteins tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande, särskilt med beaktande av den tänkta avkastningen på investeringen.

b) Artikel 295 i EG-fördraget

- (129) Enligt artikel 295 i EG-fördraget ingriper EG-fördraget inte i medlemsstaternas egendomsordning. Detta berättigar dock inte till att överträda fördragets konkurrensregler.

- (130) Tyskland gör i samband med förfarandet angående delstatsbankerna gällande att de överförda medlen inte kunde ha använts lönsamt på något annat sätt än genom att tillföra dem en liknande offentlig institution. Därför innebar överföringen den affärsmässigt mest rationella användningen av dessa tillgångar. Därmed skulle vilken ersättning som helst för överföringen, dvs. all ytterligare avkastning på de överförda tillgångarna, vara tillräcklig för att motivera överföringen av tillgångarna enligt den marknadsekonomiska investerarprincipen.

- (131) Det går inte att instämma i denna argumentation. Det kan stämma att överföringen av tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande till LSH och den möjlighet det gav banken att använda en del av kapitalet för att förstärka sin kapitaltäckningsgrad var det ekonomiskt förnuftigaste sättet att använda tillgångarna. Men så snart offentliga medel och andra tillgångar används för affärsmässiga, konkurrensutsatta verksamheter, skall de marknadsmässiga reglerna tillämpas. Det betyder att staten då den beslutar att (även) affärsmässigt utnyttja tillgångar som är avsedda för offentliga ändamål bör kräva en marknadsmässig ersättning för detta.

c) Ingen ändring av ägarstrukturen

- (132) Ett sätt för en marknadsmässigt handlande investerare i en bank att försäkra sig om en marknadsmässig ersättning är att inneha lämpliga delar i bankens vinst och värdestegring. Detta kan ske genom en förändring i bankens ägarförhållande motsvarande kapitaltillskottet. På det sättet kan investeraren i rimlig utsträckning få del av bankens utdelningar och av en eventuell värdeökning som följd av

⁽³²⁾ Se fotnot 4, punkt 206 ff.

⁽³³⁾ Se fotnot 3, punkt 161 ff.

⁽³⁴⁾ Se fotnot 4, punkterna 241 och 314.

den bättre intjäningsförmågan. Ett sätt att garantera en rimlig avkastning på det tillhandahållna kapitalet skulle därför ha varit att i motsvarande grad öka delstatens andel av LSH, i den mån bankens totala lönsamhet motsvarar den normala avkastning som en privat investerare i en marknadsekonomi förväntar sig av sin investering. Då skulle det varit onödigt att diskutera om den avtalade ersättningen på den del som faktiskt utnyttjades som underlag för den konkurrensutsatta verksamheten är rimlig. Delstaten Schleswig-Holstein beslutade sig dock inte för att förfara på detta sätt.

(133) Rörande detta invänder Tyskland att det ur stödrättslig synvinkel är irrelevant hur delstaten Schleswig-Holstein har fått ersättning från LSH för överföringen av IB-kapitalet, eftersom tillskottet av kapital inte nödvändigtvis var förbundet med förvärvet av vinst- och röstandelar. Vidare anser Tyskland att överföringen av IB:s kapital till LSH gjorde det möjligt för delstaten att få ett högre pris för WestLB:s och Landesbank Baden-Württembergs andelar i LSH än det skulle ha fått om denna överföring inte hade ägt rum.

(134) Om en omfördelning av andelarna inte var genomförbar skulle en privat investerare i en marknadsekonomi enligt kommissionens uppfattning emellertid ha gjort investeringen endast om det åtminstone hade avtalats om en rimlig direkt ersättning. En privat investerare i en marknadsekonomi nöjer sig i regel inte med att undgå förluster eller bara uppnå en begränsad avkastning på sin investering, utan försöker maximera avkastningen på sina tillgångar i förhållande till omständigheterna och sina intressen⁽³⁵⁾. En privat investerare som redan har andelar i det gynnade företaget kommer därför i regel också att antingen insistera på att få ändra ägarförhållandet eller på att få en rimlig fast ersättning. I annat fall skulle han gå miste om en del av den extra avkastningen till följd av kapitaltillskottet, eftersom också de övriga aktieägarna skulle ha nytta av den större utdelningen och företagets värdestegring utan att själva ha gett ett motsvarande bidrag.

(135) Det finns därmed inget som tyder på att en privat investerare skulle ha avstått från en rimlig direkt ersättning i en situation motsvarande överföringen av tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggandet till LSH, där en förskjutning i ägarförhållandena inte var möjlig och inte heller innehavaren av den andra hälften bidrog med motsvarande kapital.

d) **Kapitalbas för ersättningen**

(136) Såsom i fallet WestLB fastställer kommissionen den rimliga ersättningen för de överförda tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande och den särskilda fastighetsreserven utifrån den affärsmässiga nyttan för LSH. Också i detta ärende gör kommissionen skillnad mellan huruvida de tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande som ställdes till förfogande som kapitalbas för kreditinstitutets affärsverksamhet används till att utvidga affärsverksamheten eller (bara) används som garantier.

(137) Med användning av kapitalet för att utvidga affärsverksamheten avses utvidgningen av affärspotentialen med hjälp av risktillgångar till följd av att det med stöd av banktillsynslagstiftningen har godkänts att en bank har fått ett tillskott av eget kapital. Utgångspunkten för vad som är en gängse marknadsmässig ersättning är i det avseendet vad som skulle krävas av en privat investerare som ställer primärt kapital till en banks förfogande. Om kapital som ställs till förfogande förs upp som eget kapital i balansräkningen, men inte godkänns som primärt kapital med stöd av banktillsynslagstiftningen, eller om kapitalet är öronmärkt för att täcka stödverksamhet, står det faktiskt inte till förfogande för en utvidgning av affärsverksamheten. Kapital är emellertid inte viktigt bara i fråga om tillsyn. Att kreditinstitutets fordringsägare åtminstone kan disponera över kapitalet som säkerhet (den s.k. garantifunktionen) betyder att kapitalets ekonomiska funktion trots allt alltid kan jämföras med den funktion en säkerhet eller garanti har. Storleken på det egna kapital som redovisas i balansräkningen ger även bankens investerare upplysningar om dess soliditet och påverkar på så sätt de villkor på vilka banken kan skaffa sig främmande kapital. Den gängse marknadsmässiga ersättningen för kapitalets s.k. garantifunktion fastställs utifrån den ersättning som en privat garantigivare skulle ha krävt av ett kreditinstitut som har en storlek och riskprofil som kan jämföras med LSH.

(138) Den 1 januari 1991 överförde delstaten Schleswig-Holstein till LSH IB-kapitalet, som efter slutlig granskning konstaterades uppgå till 1 306 miljoner mark. Det överförda IB-kapitalet ökade för varje år och uppgick 2003 till 1 967,6 miljoner mark.

(139) Vid balansdagen den 31 december 1999 överförde delstaten dessutom den särskilda fastighetsreserven till LSH, vilket medförde en ökning av kapitalbasen enligt balansräkningen med [...] miljoner mark. Efter ytterligare två överföringar uppgick denna särskilda reserv den 31 december 2002 till totalt [...] miljoner mark.

(140) Det överförda IB-kapitalet godkändes av BAKred fullt ut som ytterligare primärt kapital⁽³⁶⁾. Det stod emellertid enligt LSH inte helt och hållet till förfogande för att täcka den konkurrensutsatta verksamheten. Såsom i fallet WestLB användes en del av den särskilda reserven även till IB:s stödåtgärder. I enlighet därmed stod denna del av den särskilda reserven inte till LSH:s förfogande för att utvidga den konkurrensutsatta verksamhetsområdena, även om den fyllde en garantifunktion. Samma sak gäller den särskilda fastighetsreserven, som visserligen inte erkändes som primärt kapital av BAKred men fyllde en garantifunktion för banken.

(141) Kommissionen anser 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 nyttjandeg-

⁽³⁵⁾ Se fotnot 4, punkterna 320 och 335.

⁽³⁶⁾ Detta ärende skiljer sig därför från WestLB-ärendet, i vilket endast en del av det beräknade kontantvärdet av tillgångarna till stöd för bostadsbyggande som fördes upp som eget kapital i balansräkningen godkändes som eget kapital med stöd banktillsynslagstiftningen.

raden. Kommissionen ansluter sig såtillvida till BdB:s uppfattning att det för en privat investerare i en marknads-ekonomi som riskerar förluster i samband med sin investering är oväsentligt om kreditinstitutet faktiskt använder det tillskjutna kapitalet till att utvidga affärsverksamheten. BdB påpekar med all rätt att det enda avgörande för en privat investerare i en marknadsekonomi är att han inte längre själv kan disponera över de medel han har investerat, och därmed inte kan uppnå en motsvarande avkastning. För den här dryftade frågan vad som är en lämplig kapitalbas har det därför heller ingen betydelse att LSH bara använde det tillgängliga kapitalet i dess helhet under åren 1999–2003.

(142) Det skall dessutom påpekas att den relevanta tidpunkten för att fastställa ersättningen för att kapitalet använts till att utvidga affärsverksamheten är den tidpunkt då den särskilda reserven godkändes som primärt kapital av BAKred. Enligt Tyskland var det först fr.o.m. denna tidpunkt kapitalet kunde användas till att täcka risktillgångar.

(143) I den mån kapitalet redan tidigare förts upp som eget kapital i balansräkningen, fungerade det dock åtminstone som säkerhet, såsom förklaras närmare ovan. Detsamma gäller för de belopp som IB själv använde och för den särskilda fastighetsreserven. Detta skall beaktas när en rimlig ersättning fastställs.

e) Jämförelse med andra instrument för eget kapital

(144) Såsom förklarats ovan är utgångspunkten för vad som är en gängse marknadsmässig ersättning i detta ärende den ersättning som skulle krävas av en privat investerare i en marknadsekonomi som ställer eget kapital till förfogande för en bank.

(145) Det råder inga tvivel om att de tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande som överfördes till LSH inte direkt kan jämföras med andra transaktioner. Även om transaktionen i vissa avseenden kanske liknar vissa instrument, finns det dock så många skillnader i förhållande till varje instrument att varje jämförelse bara har ett begränsat värde. Som i fallet med WestLB⁽³⁷⁾ kan det därför också i detta ärende bara fastställas vad som är en rimlig ersättning genom att man jämför överföringen av tillgångarna med olika gängse instrument för eget kapital på marknaden, så att man genom att se på likheterna kan bestämma vilket instrument som liknar det mest och därmed är måttstock för att fastställa ersättningen.

(146) Enligt den klagande kan tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande som förts upp i den särskilda reserven endast jämföras med aktiekapital. De hävdar att den särskilda reserven godkändes som primärt kapital (Tier 1-kapital) av BAKred och därför också bara kan jämföras med denna form av instrument för eget kapital, som godkändes som primärt kapital i Tyskland det år då överföringen gjordes. Enligt Tyskland är syftet med en jämförelse med de olika instrumenten för eget kapital endast att utröna vilken riskprofil (och därmed vilket ersättningsintervall) som ligger närmast investeringens sett ur ett investerarperspektiv. IB-kapitalet anses därför till sin beskaffenhet närmast påminna om *Perpetual Preferred Shares*, vinstandelsbevis och passivt deläggande.

(147) Man bör beakta att de instrument som Tyskland tar upp till jämförelse i regel endast står för en mycket begränsad del av en banks anskaffning av eget kapital. De är kompletterande instrument, som kompletterar det primära kapitalet, som i huvudsak består av grundkapital och disponibla reserver. Överföringen av tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande innebar däremot nästan en tredubbling av LSH:s kapitalbas för kapitaltäckningsändamål. Om man endast betraktar ökningen av det belopp som LSH kunde använda för att täcka sin affärsverksamhet, innebär detta ändå en ökning av kapitalbasen med 50 %. Övriga nämnda instrument anskaffades, såsom BdB påpekar, vanligtvis till en betydligt lägre andel. Med ett av de instrument som jämförs skulle det inte varit möjligt att på samma sätt – och permanent – öka LSH:s kapital.

(148) I detta sammanhang bör man även framhålla att det relativt breda utbudet av innovativa instrument för eget kapital av primär och supplementär kvalitet, som kreditinstituten numera har tillgång till i flera länder, ännu inte existerade i Tyskland då överföringen av IB-kapitalet till LSH ägde rum 1991 och då LSH 1993 blev tvunget att uppfylla de strängare kapitaltäckningskrav som då trädde i kraft. En del av dessa instrument har utvecklats först efter denna tid, andra fanns redan men var inte godkända i Tyskland. De instrument som i praktiken huvudsakligen fanns att tillgå och användes var vinstandelsbevis och efterställda lån (vilka båda är supplementärt kapital, det senare godkänt först fr.o.m. 1993). Följaktligen är det inte övertygande att jämföra IB-kapitalet med nyskapande instrument, som till största delen utvecklades först senare och delvis endast fanns utomlands.

(149) Beträffande de båda instrument för eget kapital, som spelar en central roll som närmaste referensobjekt i Tysklands jämförelse, nämligen *Perpetual Preferred Shares* och vinstandelsbevis, bör några specifika punkter framhållas. *Perpetual Preferred Shares* räknas i en del länder som primärt kapital, men godkänns liksom tidigare inte som sådana i Tyskland. Vinstandelsbevis räknas endast som supplementärt kapital, medan IB-kapitalet är primärt kapital. Därför var IB:s kapital till mycket större nytta för LSH, eftersom banken därmed kunde anskaffa supplementärt kapital (t.ex. vinstandelsbevis) till samma belopp och på så sätt utvidga

⁽³⁷⁾ Se fotnot 3, punkt 19.

sin kapitalbas. När förlusten vändes till vinst skulle dessutom först vinstandelsbevisen och därefter kapitalet från IB återställas till nominellt värde. Kapitalet från IB stod vidare till LSH:s förfogande utan någon tidsbegränsning, medan vinstandelsbevis brukar emitteras på tio år. Dessutom måste återigen påpekas att kapitaltillskottets enorma storlek är atypisk och ordningsföljden vid eventuella förluster måste sättas i samband med detta. Eftersom IB:s tillgångar utgjorde en relativt stor andel, skulle de tas i bruk relativt snabbt om förlusterna blev stora.

- (150) Av alla dessa skäl anser kommissionen att den jämförelse med innovativa instrument för eget kapital som Tyskland gör gällande på grund av IB-kapitalets särskilda egenskaper inte är lämplig som grund för att bestämma värdet av en rimlig ersättning för IB-kapitalet. Vidare utgick parterna i överenskommelsen av den 8 oktober 2004 ifrån att transaktionen kunde jämföras med en aktiekapitaltransaktion.

- (151) Vidare stöder kommissionen BdB:s uppfattning att överenskommelsen mellan LSH:s ägare om efterstäldhet i huvudavtalet, enligt vilken IB-kapitalet får användas först efter WestLB:s övriga egna kapital, inte innebär någon lägre risk för investeraren. Kapitaltillskottet utgör en betydande del av det totala primära kapitalet, och det är därför högst troligt att kapitalet i fall av förlust kommer att användas åtminstone delvis.

f) **Likviditetsnackdelar**

- (152) LSH:s argument rörande likviditetsnackdelarna kan i princip godtas. Ett "normalt" kapitaltillskott till en bank ger såväl likviditet som en kapitalbas som banken behöver för att kunna utvidga sin affärsverksamhet i överensstämmelse med tillsynsreglerna. För att fullt ut utnyttja kapitalet, dvs. för att utvidga sina tillgångar med 100 % riskvikt med en faktor på 12,5 (dvs. 100 dividerat med kapitaltäckningsgraden på 8 %), måste banken refinansiera sig 11,5 gånger på de finansiella marknaderna. Enklare uttryckt ger skillnaden mellan 12,5 gånger erhållna och 11,5 gånger betalda räntor på detta kapital minus bankens övriga kostnader (t.ex. förvaltningskostnader) vinsten på det egna kapitalet⁽³⁸⁾. Eftersom LSH:s tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande till att börja med inte ger någon likviditet – då de överförda tillgångarna och all vinst från tillgångarna avsedda att främja handel, industri och bostadsbyggande enligt lag är förbehållna främjandet av bostadsbyggande – hade LSH ytterligare finansieringskostnader motsvarande kapitalbeloppet för att fullständigt kunna utnyttja de affärsmöjligheter som banken fick genom det supplementära kapitalet, dvs. för att utvidga de riskjusterade tillgångarna med 12,5 gånger

kapitalbeloppet (eller att bevara befintliga tillgångar av denna storlek)⁽³⁹⁾. På grund av dessa extra kostnader, som inte uppkommer vid eget kapital som tillförs i likvid form, måste man göra ett motsvarande avdrag för att fastställa en rimlig ersättning. En privat investerare i en marknads ekonomi kan inte förvänta sig att få samma ersättning som vid tillskjutande av kontant kapital.

- (153) Kommissionen anser dock att man inte skall beakta hela den sammanlagda refinansieringssatsen. Refinansieringskostnader är driftskostnader och minskar därför den beskattningsbara inkomsten. Nettoresultatet för banken minskar alltså inte med beloppet av de extra räntebetalningarna. En del av dessa utgifter uppvägs nämligen av en mindre bolagsskatt. Endast nettokostnaderna bör beaktas som extrakostnader för LSH till följd av det överförda kapitalets särskilda egenskaper. Sammanfattningsvis medger kommissionen således att LSH får extra "likviditetskostnader" motsvarande "refinansieringskostnaderna minus bolagsskatt"⁽⁴⁰⁾.

g) **Rimlig ersättning**

Rimlig ersättning för det belopp som kan investeras i konkurrensutsatt verksamhet

- (154) Den rimliga ersättningen för det belopp som kan investeras i konkurrensutsatt verksamhet kan utan tvivel beräknas på flera olika sätt. Alla metoder för att räkna ut ersättningen för aktiekapital som ställts till förfogande bygger dock på samma grundläggande principer. Utifrån dessa grundprinciper gör kommissionen beräkningen i två steg i detta ärende: Först beräknas den minimiersättning som en investerare skulle förvänta sig för en (hypotetisk) investering i aktiekapital i LSH. Därefter undersöks det om man på marknaden skulle ha kommit överens om ett påslag eller avdrag på grund av transaktionens särskilda kännetecken och om kommissionen i förekommande fall med tillräcklig säkerhet kan kvantifiera detta belopp.

Fastställande av en förväntad minimiersättning för en investering i aktiekapital i LSH

- (155) Den förväntade avkastningen på en investering och investeringsrisken är viktiga faktorer när en privat investerare i en marknadsekonomi skall fatta ett investeringsbeslut. För att fastställa storleken på dessa båda faktorer tar han alla till buds stående upplysningar om företaget och marknaden med i beräkningen. Han kan därvid använda sig av historiska genomsnittsvärden för avkastning, som i allmänhet ger en indikation om ett företags framtida prestationsförmåga samt dessutom bl.a. av en analys av företagets affärsmodell för den tidsrymd

⁽³⁸⁾ I själva verket är situationen naturligtvis mycket mer komplicerad, exempelvis på grund av poster utanför balansräkningen, olika riskvikt för tillgångar och riskfria poster. Detta berör dock inte kärnan i detta resonemang.

⁽³⁹⁾ Situationen ändras inte om man tar i betraktande möjligheten att skaffa supplementärt kapital till samma belopp som det primära kapitalet (faktor 25 i stället för 12,5 för det primära kapitalet).

⁽⁴⁰⁾ Bekräftat genom förstainstansrättens dom. Jfr fotnot 4, punkterna 321–331.

som omfattas av investeringen, företagsledningens strategi och kvalitet eller de relativa framtidsutsikterna för den berörda branschen.

(156) En marknadsmässigt agerande investerare kommer bara att skjuta till kapital om investeringen möjliggör en bättre avkastning än den jämförelsevis näst bästa alternativa penningplaceringen eller om den innebär en mindre risk. På motsvarande sätt kommer en investerare inte att skjuta till pengar i ett företag vars förväntade avkastning är mindre än den genomsnittligt förväntade avkastningen för andra företag med en jämförbar profil. I det fallet kan man anta att det finns tillräckliga alternativ till det planerade investeringsprojektet, som ger en större förväntad avkastning vid samma risknivå.

(157) Det finns olika metoder för att beräkna den rimliga minimisättningen. Det finns allt från olika varianter av finansieringsmodeller till CAPM-metoden. För att åskådliggöra de olika modellerna är det ändamålsenligt att göra åtskillnad mellan två komponenter, en riskfri avkastning och en projektspecifik riskpremie:

Rimlig minimiavkastning på riskkapital

=

= riskfri bassats + riskpremie för riskinvesteringen.

Den rimliga minimiavkastningen på en riskinvestering kan därför beskrivas som summan av den riskfria avkastnings-satsen och den extra riskpremien för övertagandet av risken vid investeringen i fråga.

(158) På motsvarande sätt fastställs avkastningen alltid på grundval av om det finns en investeringsform utan risk för fallissemang, men med en förmodat riskfri avkastning. I regel används den förväntade avkastningen på värdepapper med fast ränta från statliga emittenter för att fastställa den riskfria bassatsen (eller ett index som grundar sig på sådana värdepapper), eftersom de är investeringsformer med en jämförbar låg risk. Det finns dock skillnader mellan de olika metoderna när det gäller hur riskpremien skall beräknas:

— *Finansieringsmodellen:* En investerares förväntade avkastning på eget kapital utgör framtida finansieringskostnader för den bank som förfogar över kapitalet. I denna modell beräknas först de historiska kostnader för anskaffning av eget kapital som jämförbara banker haft. Det aritmetiska medelvärdet av de historiska kapitalkostnaderna jämföras därefter med de framtida förväntade kostnaderna för anskaffning av eget kapital och därmed med investerarens förväntade krav på avkastning.

— *Finansieringssätt med Compound Annual Growth Rate:* Denna beräkning bygger på ett geometriskt och inte ett matematiskt genomsnittsvärde.

— CAPM: CAPM är den mest kända och oftast testade modellen inom modern finansekonomi och den kan användas för att beräkna en investerares förväntade avkastning med följande formel:

Minimiavkastning =

riskfri bassats + (marknadsriskpremie × beta)

Riskpremien för investeringen i eget kapital fås genom att marknadsens riskpremie multipliceras med betafaktorn (marknadsriskpremie × beta). Betafaktorn används till att kvantifiera ett företags risk i förhållande till den sammanlagda risken för samtliga företag.

CAPM är den förhärskande metoden för att beräkna avkastningen på investeringar för stora, börsnoterade företag. Eftersom LSH inte är något börsnoterat företag, är det emellertid inte möjligt att direkt avleda dess betavärde. Därför kan CAPM endast användas på grundval av en uppskattning av betafaktorn.

(159) I sina synpunkter av den 29 juli 2003 krävde BdB att CAPM skulle användas för att beräkna förväntad minimisättning på ett aktiekapitaltillskott till LSH vid tidpunkten för överföringen den 31 december 1990 till ett värde på 14,85 % per år. Tyskland uttryckte principiella betänkligheter mot användningen av CAPM-modellen. Enligt Tyskland hade BdB dessutom utgått från en alltför hög betafaktor och dessutom beräknat den riskfria basräntesatsen fel. Också den marknadsmässiga riskpremien på 4,6 % hade satts för högt. BdB kom med hjälp av CAPM-metoden fram till en mycket lägre minimisättning för ett hypotetiskt aktiekapitaltillskott till LSH. I sin överens-kommelse om en marknadsmässig ersättning kom delstaten Schleswig-Holstein, HSH Nordbank och BdB fram till att en minimisättning på 9,29 % vore rimlig.

(160) Parterna baserade sina beräkningar på CAPM-modellen. De utgick i detta sammanhang från en riskfri basräntesats på 6,61 %. Denna räntesats fastställdes under antagande om att LSH:s bundna tillgångar varaktigt skulle ställas till förfogande. Parterna avstod därför från att använda en riskfri avkastning med referensdatum – som iaktogs på marknaden vid överföringstidpunkten – för en fast investeringsperiod (t.ex. tio års avkastning för statsobligationer), eftersom ett sådant betraktelsesätt inte beaktade reinvesteringens risken, dvs. risken för att inte kunna reinvestera kapitalet till den riskfria räntesatsen efter investeringsperioden. Enligt parternas uppfattning beaktas investeringsrisken bäst om man använder ett totalavkastningsindex (Total Return Index). Parterna använde därför Deutsche Börse AG:s REX10 Performance-index, som visar utvecklingen för en investering i tyska statsobligationer med en löptid på exakt tio år. Den indexserie som använts i detta ärende innehåller den respektive slutställningen för varje år för REX10 Performance-indexet sedan 1970. Parterna har därefter beräknat

den årliga avkastningen, som visar trenden som den åskådliggörs av det som underlag använda REX10 Performance-indexet under perioden 1970–1990, och kom på detta sätt fram till den riskfria basräntesatsen på 6,61 %.

(161) Eftersom LSH:s insättning faktiskt stod till förfogande under längre tid verkar denna metod lämplig i det föreliggande ärendet. Det använda REX10 Performance-indexet är dessutom allmänt erkänt som datakälla. Den beräknade riskfria basräntesatsen verkar därför lämplig.

(162) Uppskattningen av betafaktorn till 0,670 byggde på ett utlåtande från KPMG om s.k. *adjusted* Betafaktorer för alla börsnoterade kreditinstitut i Tyskland, som kommissionen fått en kopia av. Enligt detta utlåtande och med hänsyn till LSH:s affärsverksamhet tycks denna betafaktor vara lämplig.

(163) Enligt kommissionens uppfattning verkar marknadsriskpremien på 4,0 % också berättigad. Redan i WestLB-förfarandet, som ledde till beslut 2000/392/EG, användes flera gånger den så kallade allmänna långfristiga marknadsriskpremien, dvs. skillnaden mellan den långfristiga genomsnittliga avkastningen på en vanlig aktieportfölj och avkastningen på statsobligationer. I utlåtandet i ärendet varierade värdena beroende på metod, period och källor mellan 3 % och 5 %. Som exempel kan nämnas att det i en expertrapport som utarbetades för BdB räknades med 3,16 % respektive 5 %, att det i en annan expertrapport som utarbetades för WestLB i samma förfarande räknades med 4,5 % respektive 5 % och att Lehman Brothers, som också arbetade för WestLB, räknade med en sats på 4 %. Mot denna bakgrund ser kommissionen i detta ärende ingen anledning till att avvika från den marknadsriskpremie som användes i avtalet. Med CAPM-modellen som utgångspunkt råder det enligt kommissionen inget tvivel om att den minimiersättning parterna beräknade kan anses lämplig i detta ärende.

(164) Kommissionen har inget belägg för att den minimiersättning som parterna fastställde för en hypotetisk investering i aktiekapital inte står sig vid en marknadsundersökning i föreliggande fall som undersöks här. Kommissionen fastställer således ett värde på 9,29 % per år (efter bolagsskatt men före investerarskatt) som rimlig minimiersättning.

Avdrag på avkastningen på grund av bristande likviditet

(165) Den långfristiga riskfria räntesatsen (tyska statsobligationer med tioårig löptid) uppgick i slutet av 1990 till 8,98 %. LSH uppgav att dess refinansieringskostnader vid tiden för överföringen av tillgångarna på grund av bankens finansiella struktur uppgick till 9,2 %. I överenskommelsen utgick

parterna från en långfristig riskfri räntesats på 6,61 %⁽⁴¹⁾. Dessutom hade parterna enats om att utgå från en fast skattesats på 50 %. Därmed kommer parterna fram till en nettofinansieringssats på 3,31 % och ett därmed motsvarande likviditetsavdrag.

(166) På grund av detta avtal och det faktum att beloppet faller inom de ramar Tyskland redan anför, har kommissionen ingen anledning att betrakta detta som olämpligt och lägger därmed också detta belopp till grund för beräkningen av stödnslaget.

Påslag på avkastningen på grund av överföringens särskilda kännetecken

(167) När en ersättning skall fastställas är det i allmänhet praxis att beakta atypiska omständigheter, som avviker från en normal investering i aktiekapitalet i det berörda företaget, genom att motsvarande påslag eller avdrag görs. Det skall därför undersökas om de särskilda kännetecknen, särskilt den konkreta riskprofil som sammanhänger med överföringen av IB-kapitalet, föranleder en anpassning av den fastställda minimiersättningen på 9,29 % som en privat investerare skulle förvänta sig för en tänkt aktieinvestering i LSH, och om kommissionen dessutom kan kvantifiera detta belopp med en tillräckligt säker metod. I detta sammanhang verkar det nödvändigt att granska tre omständigheter: för det första att det inte emitterades några nya aktier och därmed inte utdelades någon rösträtt, för det andra att överföringen av tillgångar hade en osedvanligt stor volym och för det tredje att investeringen inte var fungibel.

(168) Delstaten fick inget utökat röstetal genom införlivandet. Genom att avstå från rösträtt mister investeraren även möjligheten att påverka bankledningens beslutsfattande. Om delstatens röstetal skulle ha utökats skulle den ha blivit innehavare av mer än 50 % av rösterna, dvs. delstaten skulle ha blivit en majoritetsägare. Som kompensation för en större risk för förluster, som inte balanseras av ett motsvarande större inflytande i företaget, skulle en normal investerare som följer den marknadsekonomiska investerarprincipen (också om risken mildrades genom interna avtal med andra ägare) kräva större ersättning. Med utgångspunkt från att ersättningen för preferensaktier är högre än den för stamaktier och i samklang med den klagande BdB, delstaten Schleswig-Holstein och LSH, som efter sina förhandlingar i augusti/september 2004 kom fram till att ett årligt påslag på 0,3 % (efter skatt) vore rimligt, anser kommissionen att ett påslag på minst 0,3 % per år (efter bolagsskatt) är korrekt. Parterna i överenskommelsen anser också att ett påslag på 0,3 % är motiverat eftersom ingen ytterligare rösträtt utfärdades.

(169) Omfattningen av de överförda tillgångarna och den betydelse de hade för LSH:s möjlighet att uppfylla kapitaltäckningsdirektivet har redan nämnts ovan. När IB-kapitalet överfördes ökade LSH:s primärkapital väsentligt, utan några förvärvs- eller förvaltningskostnader. En privat investerare i en marknadsekonomi skulle troligen ha krävt ett ordentligt påslag för ett så stort kapitaltillskott i relativa och absoluta termer som IB:s tillgångar. Å andra sidan är ett

⁽⁴¹⁾ Parterna använde de beräknade riskfria räntesatserna för REX10 Performance Index på den tyska börsen.

aktiekapitaltillskott på cirka 1,3 miljarder mark till en av tysklands största universalbanker inte ovanligt i branschen, med tanke på de europeiska kreditinstitutens enorma kapitalbehov på grund av kapitaltäckningsdirektivet. Överföringens stora volym är ännu ett indicium för en jämförelse med ett aktiekapitaltillskott eftersom omfattande passivt deläggande var atypiska på marknaden 1990. Men att hänvisa till överföringens volym för att motivera ytterligare påslag för en investering som liknar aktiekapitaltillskott skulle innebära att volymen beaktas två gånger vilket inte är tillåtet. Kommissionen anser därför att det inte med tillräckligt stor säkerhet är sannolikt att en privat investerare i en marknadsekonomi skulle ha krävt ett särskilt påslag för ett kapitaltillskott som är så stort som i detta fall absolut och relativt sett. Därför beslutar kommissionen till förmån för LSH att beräkna påslaget enligt överföringens volym. Dessutom är utgångspunkten i avtalet att inget påslag skall påföras på grund av de överförda tillgångarnas volym.

- (170) Det skall slutligen påpekas att investeringen inte var fungibel, dvs. att det investerade kapitalet inte kunde tas ut ur företaget när som helst. En investerare kan normalt sett sälja ett instrument för eget kapital på marknaden till tredje man och därmed avsluta sin investering. Närmare bestämt sker ett tillskott av aktiekapital på följande sätt: Investeraren för upp tillgångar (kontanter eller apportegendom) på tillgångssidan i balansräkningen. På passivsidan motsvarar detta i regel av en omsättningsbar andel till investerarens förmån, t.ex. aktier i fråga om aktiebolag. Dessa aktier kan investeraren sälja till tredje man. Detta betyder dock inte att han kan ta ut de tillgångar han ursprungligen skjutit till. Dessa tillgångar ingår nu i bolagets garantikapital och står inte till investerarens förfogande. Han kan dock sälja aktien och därmed realisera det ekonomiska motvärdet. Investeringen är därmed fungibel. På grund av de särskilda omständigheterna i samband med överföringen av IB-kapitalet hade delstaten inte denna möjlighet. Kommissionen ser ändå ingen anledning till ett extra påslag. Delstaten kunde visserligen inte fritt realisera investeringen marknadsvärde eftersom den inte var fritt överlåtbar, men hade ändå möjlighet att genom lag frigöra LSH:s bundna fonder och på nytt överföra dem till andra organ med bättre avkastning. I överenskommelsen mellan BdB, delstaten Schleswig-Holstein och HSH Nordbank utgår man från att tillgångarnas bristande funktibilitet inte kommer att leda till något påslag.

- (171) På det hela taget anser kommissionen att ett påslag på avkastningen på 0,3 % per år (efter bolagsskatt och investerarskatt) är rimligt som kompensation för avståendet från ytterligare rösträtt.

Sammanlagd ersättning

- (172) På grundval av alla dessa överväganden drar kommissionen i likhet med den klagande parten BdB, delstaten Schleswig-

Holstein och LSH slutsatsen att en ersättning på 6,28 % per år (efter bolagsskatt) utgör en rimlig ersättning, dvs. 9,29 % med en normal avkastning på investeringen i fråga plus ett tillägg på 0,3 % för transaktionens särskilda karaktär minus 3,31 % till följd av de finansieringskostnader som uppstår för LSH därför att de överförda tillgångarna saknar likviditet.

Rimlig ersättning för IB-kapitalet fram till dess att det godkändes av BAKred, för det av IB använda beloppet och för den särskilda fastighetsreserven

- (173) Såsom redan förklarats hade IB-kapitalet redan ett materiellt värde för LSH innan BAKred godkände den som primärt kapital enligt lagen om kreditväsendet, eftersom det redan hade förts upp som eget kapital i balansräkningen då överföringen av det ägde rum. Detsamma gäller det av IB använda beloppet och den särskilda fastighetsreserven. Den särskilda reservens ekonomiska funktion kan jämföras med en borgensförbindelse eller garanti. För att ta en sådan risk skulle en privat investerare i en marknadsekonomi kräva en rimlig ersättning. Tyskland ansåg till att börja med att bassatsen på 0,3 % per år före skatt som kommissionen godkände⁽⁴²⁾ i sitt beslut 2000/392/EG för garantifunktionen till förmån för LSH inte var rimlig. I beslut 2000/392/EG höjdes den nämnda satsen på 0,3 % per år med ett påslag på ytterligare 0,3 % per år, dels därför att borgensförbindelser i regel är förknippade med bestämda transaktioner och tidsbegränsade (vilket inte var fallet med WestLB) och dels därför att det belopp på mer än 3,4 miljarder tyska mark som ställts till förfogande överskred det som normalt sett täcks med bankgarantier av detta slag.
- (174) Eftersom WestLB och LSH i princip är jämförbara, och eftersom det inte finns något som pekar i någon annan riktning, utgår kommissionen från att denna sats motsvarar den ersättning som LSH också skulle ha varit tvungen att betala på marknaden för att ta över en bankgaranti till sin egen fördel.
- (175) I överenskommelsen mellan BdB, delstaten Schleswig-Holstein och LSH utgår man från att ett tillägg på 0,3 % verkar motiverat. Kommissionen anser därför att det är berättigat med ett påslag i fallet LSH, och lägger därför en sats på 0,3 % per år till grund som en rimlig ersättning för den garantifunktion kapitalet hade fr.o.m. den tidpunkt då kapitalet fördes upp i balansräkningen den 1 januari 1991 och fram till dess att den godkändes av BAKred. Satsen på 0,3 % per år efter skatt användes också av parterna som underlag för beräkning av stödinslaget i en tabell som bifogats avtalet.

Ingen hänsyn till IB:s utbetalningar av utdelning

- (176) Tyskland anser att de IB-vinstutdelningar som utbetalades 1993–2002 till delstaten på 99,9 miljoner tyska mark bör dras av från den ersättning som skall betalas. Enligt den

⁽⁴²⁾ Se fotnot 3, punkt 221.

marknadsekonomiska investerarprincipen, enligt vilken investeraren kan förvänta sig en rimlig avkastning eller har ett avtal om en direkt ersättning på grundval av de uppgifter som vid tillfället för investeringen står till hans förfogande, kan dock inte utbetalningar och värdestegringar som skett efter investeringen gälla. Detta innebär att i förväg beräknade utbetalningar och värdestegringar inte kan vara av avgörande betydelse.

- (177) Kommissionen anser därför att IB:s utbetalningar av utdelning i föreliggande fall inte bör dras av från den ersättning som skall betalas.

h) Synergieffekter

- (178) LSH anser att en bedömning av ersättningen som betalats till delstaten måste beakta synergieffekter till följd av överföringen. Det framgår dock tydligt att det egentliga syftet med överföringen var att förse LSH med den kapitalbas som krävdes för att uppfylla kapitaltäckningsbestämmelserna. Synergieffekter sågs som en positiv (bi-) effekt, men var vid denna tid säkerligen inte den viktigaste anledningen till transaktionen.

- (179) Om för övrigt sådana synergieffekter och besparingar uppstår för IB, gynnar de WKA och WAK genom minskning av kostnaderna (och gynnar därmed öven delstaten), men kan inte ses som en motprestation från LSH:s sida för tillhandahållandet av primärt kapital. Eftersom synergieffekterna varken minskade det överförda kapitalets användbarhet för LSH eller ökade bankens kostnader för överföringen bör de inte heller påverka vilken ersättning en privat investerare i en marknads-ekonomi skulle kräva för att ställa kapital till förfogande. Även om synergieffekterna gav delstaten en faktisk fördel skulle i så fall övriga aktörer i fri konkurrens ha varit tvungna att betala delstaten en ersättning för det finansiella instrumentet (IB-kapital) utöver en rimlig ersättning för tillhandahållit kapital.

- (188) I nedanstående tabell redovisas beräkningen av stödslaget:

- (180) För övrigt uppstår synergieffekter som följd av en fusion normalt i båda de företag som deltar i fusionen. Det är svårt att förstå varför LSH inte skulle tjäna något alls på dessa fördelar.

i) Lagändring av den 1 juni 2003

- (181) Tyskland hävdar att IB avstytts från LSH:s tillgångar med rättslig verkan den 1 juni 2003. De bundna fastighetstillgångarna avstytts från LSH med rättslig verkan den 1 juni 2003.

- (182) Därmed hade LSH fr.o.m. den 1 juni 2003 inte längre möjlighet att använda de bundna tillgångarna till att täcka risktillgångar från den konkurrensutsatta verksamheten eller att använda dem som säkerhet.

- (183) För kommissionen är det därmed bevisat att då de bundna tillgångarna slopades, upphörde stödet som är föremål för undersökningen att gälla den 1 juni 2003.

j) Stödslaget

- (184) Med stöd av ovannämnda beräkningar anser kommissionen att den ersättning LSH skall betala för de bundna tillgångarna, som godkänts som primärt kapital av BAKred, utgör 6,28 % per år efter skatt och 0,3 % efter skatt för skillnaden mellan denna del och det belopp som i LSH:s balansräkning redovisades som eget kapital och för den särskilda fastighetsreserven.

- (185) Denna ersättning skulle ha betalats fr.o.m. den 1 januari 1991 till dess att stödet upphörde den 31 maj 2003.

- (186) LSH betalade endast en ersättning på det belopp som banken kunde använda som täckning för sin affärsverksamhet.

- (187) Stödslaget kan beräknas som skillnaden mellan de faktiska betalningarna och de betalningar som skulle motsvara de villkor som råder på marknaden.

Tabell 4

Beräkning av stödslagen (i miljoner mark)

i milj. mark

	1991 (*)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003 (5 mån)
IB-kapital totalt	1 306,0	1 312,2	1 337,9	1 387,0	1 472,0	1 563,0	1 665,9	1 763,0	1 814,0	1 817,0	1 849,2	1 923,9	1 967,6
1. För LSH tillgängligt belopp	1 018,0	1 013,1	954,0	1 024,0	1 092,0	1 172,0	1 264,0	1 346,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2. Av LSH använt belopp	288,0	299,0	383,9	363,0	380,0	391,0	401,9	417,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
3. Belopp mellan 1 jan. 1991 och 30 aug. 1991	870,7	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
4. Särskild fastighetsreserv	—	—	—	—	—	—	—	—	—	[...]	[...]	[...]	[...]

i milj. mark

	1991 (*)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003 (5 mån)
Ersättning på 6,28 % (efter skatt) för 1	21,3	63,6	59,9	64,3	68,6	73,6	79,4	84,5	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ersättning på 0,3 % (efter skatt) för 2	0,3	0,9	1,2	1,1	1,1	1,2	1,2	1,3	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ersättning på 0,3 % (efter skatt) för 3	2,6	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–	–
Ersättning på 0,3 % (efter skatt) för 4	–	–	–	–	–	–	–	–	–	[...]	[...]	[...]	[...]
Total marknadsmässig ersättning	24,2	64,5	61,1	65,4	69,7	74,8	80,6	85,8	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Faktisk ersättning (efter skatt)	0	0	0,9	2,4	1,0	2,5	5,0	6,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Stödinslag	24,2	64,5	60,2	63,0	68,7	72,3	75,6	79,2	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(*) IB-kapitalet fördes enligt balansräkningen över den 1 januari 1991 och stod under de 8 första månaderna av 1991 till förfogande för LSH som garantifunktion. Efter godkännande av BAKred, dvs. under de sista 4 månaderna av 1991, kunde det även användas till konkurrensutsatt verksamhet.

Sedan den 1 januari 1999 omvandlas tyska mark mot euro till kursen 1,95583. Denna kurs har använts för att räkna om beloppen i mark till euro.

(189) Stödinslaget från det att stödet beviljades fram till den 31 maj 2003 uppgår till 845,6 miljoner mark. Omräknat till euro uppgår detta belopp till 432,3 miljoner euro.

(194) Därmed är det fastställt att stöd till LSH snedvrider konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

1.3. SNEDVRIDNING AV KONKURRENSEN OCH PÅVERKAN PÅ HANDELN MELLAN MEDLEMSSTATER

(190) 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.

(191) Den stödbeviljade banken LSH bedriver bankverksamhet både regionalt och internationellt. LSH uppfattar sig själv som universell affärsbank, centralbank för sparbankerna och bank för delstaten och kommunerna. Trots sitt namn, sina traditioner och sina lagstadgade uppgifter var LSH ingalunda någon lokal eller regional bank.

(192) Detta visar entydigt att LSH tillhandahöll banktjänster i konkurrens med andra europeiska banker såväl utanför Tyskland som inom Tyskland – eftersom banker från andra europeiska länder är verksamma i Tyskland.

(193) Det bör även påpekas att det finns ett mycket nära samband mellan ett kreditinstituts eget kapital och dess bankverksamhet. En bank kan endast arbeta och utvidga sina affärsmässiga verksamheter om den har en tillräcklig mängd godkänt eget kapital. Eftersom den statliga åtgärden försåg LSH med sådant eget kapital för kapitaltäckning påverkade den direkt bankens affärsmöjligheter.

1.4. RESULTAT

(195) På grundval av alla reflexioner ovan kan man konstatera att samtliga kriterier i artikel 87.1 i EG-fördraget är uppfyllda och att överföringen av bundna tillgångar följaktligen innehåller statligt stöd i den mening som avses i den nämnda artikeln.

2. FÖRENLIGHET MED DEN GEMENSAMMA MARKNADEN

(196) Det skall dessutom undersökas om stödet kan anses förenligt med den gemensamma marknaden. Det bör här framhållas att LSH har endast åberopat undantagsbestämmelsen i artikel 86.2 i EG-fördraget med avseende på eventuella inslag av stöd i samband med överföringen av IB-kapitalet och fastigheterna.

(197) 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.

(198) 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.

(199) Eftersom LSH:s ekonomiska överlevnad inte stod på spel då åtgärden genomfördes, behöver det inte prövas om ett sammanbrott för ett enstaka stort kreditinstitut i Tyskland som LSH kunde lett till en allmän kris i banksektorn, vilket enligt artikel 87.3 b i EG-fördraget kan motivera stöd för att avhjälpa en allvarlig störning i den tyska ekonomin.

(200) 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 omstruktureringssöd inom banksektorn. I det föreliggande fallet saknas dock förutsättningar för att tillämpa denna undantagsbestämmelse. LSH klassificeras inte som ett företag i svårigheter, som genom statligt stöd skulle få hjälp att återställa sin lönsamhet.

(201) 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. Detta har kommissionen bekräftat i sin rapport "Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inom banksektorn" ⁽⁴³⁾. LSH hävdar att den tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och att, i den mån eventuella belopp som delstaten Schleswig-Holstein bidragit med användes till dess offentliga uppdrag eller dess uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse, dessa belopp inte utgjorde olagligt statligt stöd. Under alla omständigheter uppfyller LSH inte de formella förutsättningarna för detta: Varken de konkreta uppgifter som LSH fullgör för att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller i synnerhet de därmed förknippade konkreta kostnader som denna verksamhet ger upphov till är klart angivna. Därför är det klart att överföringen genomfördes för att göra det möjligt för LSH att uppfylla de nya kapitalbaskraven och utan samband med några som helst tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Därför kan inte heller denna undantagsbestämmelse tillämpas i det föreliggande fallet.

(202) 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 BEFINTLIGT STÖD

(203) I motsats till vad Tyskland respektive LSH hävdar omfattas kapitaltillskottet inte heller av stödbestämmelserna om institutionellt ansvar eller garantiansvar.

(204) 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.

(205) För det andra är det inte heller fråga om något institutionellt ansvar. Institutionellt ansvar kräver att de som har ansvaret (delstaten Schleswig-Holstein) skall förse LSH med de medel som krävs för att bedriva verksamhet som delstatsbank, om de bestämmer att driva verksamheten vidare. När kapitalöverföringen gjordes var LSH 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. Kapitaltillskottet gjordes snarare för att möjliggöra för delstatsbanken att utöka sitt kapital, mot bakgrund av den skärpning av föreskrifterna om andelarna för primärt kapital och eget kapital som ägde rum den 30 juni 1993, för att undvika en reduktion av delstatsbankens affärsverksamhet/risktillgångarna som annars skulle ha krävts och (dessutom) göra det möjligt att utvidga delstatsbanken. LSH kunde därför enligt en medveten affärsmässig beräkning från delstatens sida också i framtiden utnyttja öppningar på marknaden i den konkurrensutsatta verksamheten. På ett sådant normalt affärsmässigt beslut från delstaten i dess egenskap av delägare är "undsättningsbestämmelserna" om institutionellt ansvar inte tillämpliga. I avsaknad av andra tillämpliga undantagsbestämmelser om stöd enligt artikel 87.1 och 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 och undersökas som ett sådant.

X. SLUTSATSER

(206) Kommissionen konstaterar att Tyskland olagligen har beviljat stödåtgärden i strid med artikel 88.3 i EG-fördraget. Följaktligen är stödet olagligt.

(207) Stödet kan varken enligt artikel 87.2 eller 87.3 eller enligt någon annan bestämmelse i EG-fördraget anses förenligt med fördraget. Därför förklaras stödet vara oförenligt med den gemensamma marknaden. Det skall upphöra och stödsinslaget i den olagliga åtgärden skall återkrävas av den tyska regeringen.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Det statliga stöd på 432,3 miljoner euro som Tyskland beviljade Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale, numera HSH Nordbank AG, mellan den 1 januari 1999 och den 31 maj 2003 är oförenligt med den gemensamma marknaden.

Artikel 2

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

⁽⁴³⁾ 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.

Artikel 3

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

Det belopp som skall återkrävas skall innefatta ränta, som skall löpa från den dag det otillåtna stödet ställdes till stödmottagarens förfogande till den dag det återbetalas.

Räntan skall beräknas på grundval av de bestämmelser som anges i kapitel V i kommissionens förordning (EG) nr 794/2004 ⁽⁴⁴⁾.

Artikel 4

Tyskland skall inom två månader från dagen för delgivningen av detta beslut genom att fylla i frågeformuläret i bilagan underrätta

kommissionen om de åtgärder som har vidtagits för att följa detta beslut.

Artikel 5

Detta beslut riktar sig till Förbundsrepubliken Tyskland.

Bryssel den 20 oktober 2004.

På kommissionens vägnar

Mario MONTI

Ledamot av kommissionen

⁽⁴⁴⁾ EUT L 140, 30.4.2004, s. 1.

BILAGA

UPPGIFTER OM GENOMFÖRANDET AV KOMMISSIONENS BESLUT

1. Beräkning av det belopp som skall återkrävas

1.1. Ge följande upplysningar om belopp för olagligt stöd som ställts till stödmottagarens förfogande:

Datum för utbetalningen ^(o)	Stödbelopp ^(*)	Valuta	Stödmottagarnas identitet

^(o) Datum när (delar av) stödet ställdes till stödmottagarens förfogande (använd flera rader om åtgärden innebär flera enskilda utbetalningar och återbetalningar)

^(*) Belopp som ställts till stödmottagarens förfogande (i bruttostödsekvivalenter)

Anmärkningar:

1.2. Redogör noggrant för hur räntan skall beräknas på det belopp som kommer att krävas tillbaka.

2. Åtgärder som planeras eller redan genomförts för att återkräva stödet

2.1. Beskriv i detalj vilka åtgärder som redan vidtagits och vilka åtgärder som planeras för att omedelbart och effektivt återvinna stödet. Ange dessutom vilka alternativa åtgärder att återkräva stödet den nationella lagstiftningen innehåller. Ange också den rättsliga grunden för de vidtagna eller planerade åtgärderna, där så är relevant.

2.2. När kommer återbetalningen att vara gjord?

3. Redan återkrävda belopp

3.1. Följande detaljuppgifter önskas om de stödbelopp som stödmottagaren redan har betalat tillbaka:

Datum ^(o)	Återkrävt belopp	Valuta	Stödmottagarnas identitet

^(o) Datum för återbetalning av stödet.

3.2. Lämna handlingar som styrker att de stödbelopp som anges i tabellen under punkt 3.1 har återbetalats.