

II

(Rättsakter som antagits i enlighet med EG- och Euratomfördragen och vars offentliggörande inte är obligatoriskt)

BESLUT

KOMMISSIONEN

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 8 oktober 2008

om åtgärd C 33/07 (f.d. N 339/06 och N 729/06) som Tyskland planerar att genomföra med hjälp av holdingbolaget IBG Beteiligungsgesellschaft Sachsen-Anhalt mbH

[delgivet med nr K(2008) 5581]

(Endast den tyska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2009/364/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR FATTAT
DETTA BESLUT

med beaktande av fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, särskilt artikel 88.2 första stycket,

med beaktande av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, särskilt artikel 62.1 a,

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

av följande skäl:

1. FÖRFARANDE

(1) Genom en skrivelse av den 30 maj 2006, som registrerades hos kommissionen samma dag, anmälde Tyskland till kommissionen, i enlighet med artikel 88.3 i EG-fördraget, den första delen av åtgärden som registrerades som statligt stöd N 339/06.

(2) Genom en skrivelse av den 22 juni 2006 bad kommissionen om ytterligare upplysningar om åtgärden. Tyskland svarade genom en skrivelse av den 13 juli 2006. Genom en skrivelse av den 31 augusti 2006 bad kommissionen om ytterligare upplysningar, som Tyskland tillhandahöll genom en skrivelse av den 22 september 2006. Den 11 oktober 2006 bad kommissionen om kompletterande upplysningar, som Tyskland inkom med i en skrivelse av den 6 november 2006.

(3) Genom en skrivelse av den 9 november 2006, som registrerades hos kommissionen samma dag, anmälde Tyskland till kommissionen den andra delen av åtgärden, som registrerades som Statligt stöd N 729/06. Eftersom innehållet i de båda anmälningarna (N 339/06 och N 729/06) överlappade föreslog kommissionen i en skrivelse av den 6 december 2006 att de båda ärendena skulle slås ihop och att hela skriftväxlingen skulle anses röra båda ärendena. Kommissionen bad även om ytterligare upplysningar i båda dessa ärenden. Tyskland svarade genom en skrivelse av den 23 januari 2007.

(4) Den 28 februari 2007 bad kommissionen att få ytterligare upplysningar. Efter att tidsfristen hade förlängts svarade Tyskland genom en skrivelse av den 11 april 2007. Den 4 maj 2007 bad kommissionen att få ytterligare upplysningar. Efter att tidsfristen hade förlängts svarade Tyskland genom en skrivelse av den 29 juni 2007.

⁽¹⁾ EUT C 246, 20.10.2007, s. 20.

- (5) Genom en skrivelse av den 30 augusti 2007 underrättade kommissionen Tyskland om sitt beslut att inleda det granskningsförfarande som anges i artikel 88.2 i EG-fördraget med avseende på detta stöd (nedan kallat *beslutet att inleda förfarandet*). Beslutet att inleda förfarandet har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning* ⁽²⁾. Kommissionen har uppmanat Tyskland och berörda parter att inkomma med synpunkter på åtgärden i fråga.
- (6) Tyskland inkom med synpunkter genom en skrivelse av den 19 oktober 2007. Efter att tidsfristen förlängts har kommissionen i en skrivelse av den 10 december 2007 mottagit synpunkter från en berörd part: holdingbolaget IBG Beteiligungsgesellschaft Sachsen-Anhalt mbH (nedan kallat *IBG-fonden*). Kommissionen vidarebefordrade dessa synpunkter till Tyskland i en skrivelse av den 21 januari 2008. Tysklands kommentarer inkom i en skrivelse av den 14 februari 2008.
- (7) I en skrivelse av den 18 april 2008 samt i e-postmeddelanden av den 28 april 2008 respektive den 11 juni 2008 bad kommissionen att få kompletterande upplysningar. Tyskland inkom med kompletterande upplysningar i en skrivelse av den 5 juni 2008 samt i ett e-postmeddelande av den 13 juni 2008.

2. BESKRIVNING AV ÅTGÄRDEN

- (8) IBG-fonden är en statlig riskkapitalfond som inrättats och finansieras av delstaten Sachsen-Anhalt. Syftet med IBG-fonden är att kunna tillhandahålla riskkapital för tekniskt inriktade och innovativa små och medelstora företag i delstaten Sachsen-Anhalt vilka i sin utveckling befinner sig i nyetablerings- och tillväxtfasen. Delstaten Sachsen-Anhalt är en region som kan komma i fråga för stöd i den mening som avses i artikel 87.3 a i EG-fördraget ⁽³⁾.
- (9) Efter ett öppet och icke-diskriminerande anbudsförfarande förvaltas IBG-fonden sedan den 1 juli 2007 av förvaltningsbolaget Goodvent Beteiligungsmanagement GmbH & Co. KG (nedan kallat *fondförvaltaren*). Den statliga finansieringen uppgår totalt till cirka 130 miljoner euro. Åtgärden pågår fram till och med den 31 december 2013.
- (10) Genom IBG-fonden erbjuds följande investeringsmöjligheter:
- a) Aktivt deläggande på upp till 1,5 miljoner euro per litet/medelstort företag och tolv månadersperiod, varav minst 30 procent av medlen kommer från privata oberoende investerare på villkor som överensstämmer med IBG-fondens villkor.
- b) Aktivt deläggande på upp till 10 miljoner euro per litet/medelstort företag, inklusive konverteringsoptioner som konvertibla obligationer och optionsrätter till samma belopp, på samma villkor och med samma risker som privata investerare.
- c) Passivt deläggande (nedan kallat *IBG-fondens passiva deläggande*) på upp till 5 miljoner euro per företag som IBG-fonden engagerar sig i självständigt och oberoende av privata investerare under en tidsperiod på upp till tio år.
- d) Omvandling av IBG-fondens redan existerande passiva deläggande till aktivt deläggande på samma villkor som för privata investerare.
- (11) När det gäller det aktiva delägandet och omvandlingsåtgärderna konstaterade kommissionen i sitt beslut att inleda förfarandet att något statligt stöd i den mening som avses i 87.1 i EG-fördraget inte förelåg till förmån för investerarna ⁽⁴⁾ eller IBG-fondförvaltaren ⁽⁵⁾. Det kunde inte uteslutas att det rörde sig om statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget till förmån för IBG-fonden ⁽⁶⁾ eller målföretaget. Kommissionen kom dock fram till att åtgärden överensstämmer med gemenskapens riktlinjer för statligt stöd för att främja riskkapitalinvesteringar i små och medelstora företag ⁽⁷⁾ (nedan kallat *riktlinjerna*) och att den är förenlig med gemensamma marknaden i enlighet med artikel 87.3 c i EG-fördraget.
- (12) IBG-fondens passiva deläggande prövades separat i samband med beslutet att inleda förfarandet eftersom Tyskland ansåg att det rörde sig om ett kreditinstrument som är förenligt med gemensamma marknaden och att det därmed inte var fråga om statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget. Kommissionen däremot var osäker på om IBG-fondens passiva deläggande ekonomiskt sett skulle betraktas som kreditinstrument eller som eget kapitalinstrument.

⁽²⁾ Se fotnot 1.

⁽³⁾ N 459/06 – Riktlinjer för statligt regionalstöd för 2007–2013 – Nationell regionalstödslista: Tyskland (EUT C 295, 5.12.2006, s. 6).

⁽⁴⁾ Kommissionen motiverade detta med att IBG-fonden och privata investerare har samma risktagande, samma fördelar och likvärdiga krav om målföretaget drabbas av insolvens. När det gäller omvandling till aktivt deläggande kommer IBG-fondens aktiva deläggande att bli föremål för en värdering enligt fastställda regler då den totala ersättningen (det nominella värdet, fasta och rörliga räntor och en engångsersättning) omvandlas till aktivt deläggande.

⁽⁵⁾ Kommissionen motiverade detta med att ett särskilt förvaltningsbolag utsetts genom ett öppet anbudsförfarande.

⁽⁶⁾ Kommissionen betraktade IBG-fonden som ett statligt företag som troligtvis kan få tillgång till kapital till villkor som marknadsutsatta investerare inte beviljas.

⁽⁷⁾ EUT C 194, 18.8.2006, s. 2.

3. SKÅLEN TILL ATT ETT FORMELLT GRANSKNINGSFÖRFARANDE INLEDDES

(13) Kommissionen inledde ett formellt granskningsförfarande för att klargöra om IBG-fondens passiva deläggande ekonomiskt sett ska betraktas som ett kreditinstrument – i enlighet med Tysklands uppfattning – eller som ett eget kapitalinstrument. Om IBG-fondens passiva deläggande faktiskt ska ses som ett kreditinstrument uppstår frågan om detta deläggande innefattar ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget till förmån för målföretaget. För att avgöra denna fråga utgick man från kommissionens meddelande om metoden för fastställande av referens- och diskonteringsränta⁽⁸⁾ (nedan kallat *1997 års meddelande*), ett meddelande som används som måttstock för marknadsräntan⁽⁹⁾.

(14) I sitt beslut om att inleda förfarandet gav kommissionen uttryck för uppfattningen att om IBG-fondens passiva deläggande är att betrakta som ett kreditinstrument innebär det inte någon fördel för de gynnade företagen i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget, eftersom det enligt 1997 års meddelande är förenligt med gemensamma marknaden. Om IBG-fondens passiva deläggande i stället ses som eget kapital kan det inte uteslutas att det är fråga om ett statligt stöd till förmån för målföretagen, eftersom åtgärden eventuellt avhjälpert ett marknadsmisslyckande på riskkapitalmarknaden.

(15) När kommissionen i sitt beslut om att inleda förfarandet skulle klargöra om IBG-fondens passiva deläggande utgör ett kredit- eller ett eget kapitalinstrument utgick man från punkt 4.3.3 i riktlinjerna för att bedöma och beakta instrumentets ekonomiska innehåll, hur stor del av risken som investeraren tar på sig, vilka förluster investeraren eventuellt kan komma att drabbas av, om den vinstbaserade avkastningen dominerar över den fasta, investerarens förtursrätt vid målföretagets insolvens samt hur investeringsinstrumentet behandlas i nationella författningar, finansiella regler och redovisningsregler.

(16) För att bedöma det ekonomiska innehållet i IBG-fondens passiva deläggande identifierade kommissionen följande möjliga skillnader mellan standardkreditinstrument och IBG-fondens passiva deläggande:

a) *förtur*: vid insolvens hos målföretaget har IBG-fondens passiva deläggande förtur framför eget kapital, men inte när det gäller krediter och andra externa fordringar.

b) *säkerheter*: IBG-fondens passiva deläggande täcks delvis (minst 10 procent) av säkerheter, vilket dock är långt under den nivå som krävs för lånefinansiering.

c) *återbetalning*: IBG-fondens passiva deläggande innebär amortering två gånger per år, medan standardkreditinstrument i regel innebär att kapitalet plus ränta amorteras varje månad.

d) *informations- och kontrollrättigheter*: skillnader har fastställts när det gäller informations- och kontrollrättigheterna, även om standardkreditavtal ibland innehåller klausuler om ägar- och kontrollskifte.

e) *uppsägningsrätt*: det verkade finnas vissa skillnader när det gäller uppsägning av avtalet.

f) *avkastning*: när det gäller den vinstbaserade engångersättningen kan man inte med 100 procents säkerhet slå fast att den fasta ersättningen utgör den viktigaste avkastningskomponenten.

(17) Kommissionen tvivlade därför på att IBG-fondens passiva deläggande bör ses som ett kreditinstrument och anmodade berörda parter att inkomma med synpunkter på detta.

4. SYNPKTER FRÅN BERÖRDA PARTER

(18) I enlighet med artikel 20.2 i rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget⁽¹⁰⁾ och med anledning av kommissionens offentliggörande i EUT⁽¹¹⁾ har kommissionen mottagit en skrivelse med synpunkter från en berörd part, IBG-fonden, som presenterar omfattande argument för att IBG-fondens passiva deläggande ska ses som ett kreditinstrument.

⁽⁸⁾ EGT C 273, 9.9.1997, s. 3.

⁽⁹⁾ Samma argumentation återfinns i tidigare kommissionsbeslut: Statligt stöd N 344/06 – Tyskland: "SBG" (EUT C 157, 10.7.2007, s. 8); Statligt stöd N 104/05 – Tyskland: "Regio MIT Riskkapitalfond Mittelhessen" (EUT C 295, 26.11.2005, s. 8); Statligt stöd N 212/04 – Tyskland: "ERUF Riskkapitalfond Berlin" (EUT C 95, 20.4.2005, s. 8); Statligt stöd N 213/04 – Tyskland: "ERUF Riskkapitalfond Schleswig-Holstein" (EUT C 72, 24.3.2006, s. 2); Statligt stöd N 266/04 – Tyskland: "ERUF Riskkapitalfond Thüringen" (EUT C 95, 20.4.2005, s. 9); Statligt stöd N 310/04 – Tyskland: "ERUF Riskkapitalfond Brandenburg" (EUT C 79, 1.4.2006, s. 25).

⁽¹⁰⁾ EGT L 83, 27.3.1999, s. 1.

⁽¹¹⁾ Se fotnot 1.

a) Förtur

- (19) IBG-fonden redogör för förtursrätten vid passivt deläggande. Förtursrätten avtalas fram på frivillig grund och regleras inte i lag. Det är i princip inte ovanligt att kreditinstrument ges olika förtursrätt. I samband med finansiering av företagsköp delas praktiskt taget alltid fordringarna upp i prioriterade och oprioriterade fordringar. I sitt yttrande framhåller IBG-fonden att krediter och andra externa skulder visserligen kan ha förtur framför det passiva delägandet, men att det passiva delägandet alltid har förtur framför eget kapital och att det aldrig används för att täcka målföretagets förluster.

b) Säkerheter

- (20) IBG-fonden påpekar att det passiva delägandet ska täckas av säkerheter på 10–30 procent av värdet och att säkerheterna ställs av målföretagets aktieägare. Den exakta säkerhetsnivån avgörs från fall till fall och beror framför allt på de förmögenhetsvärden som aktieägarna tidigare överfört till företaget, exempelvis i form av eget kapital eller immateriella äganderätter. Kreditinstrument kan se olika ut från fall till fall. Det finns till och med instrument med 0 procents säkerhet (vid så kallad blankokredit), vilket inte automatiskt gör kreditinstrumentet till ett egetkapitalinstrument.

c) Återbetalning

- (21) Enligt vad IBG-fonden uppger liknar återbetalningsformerna för IBG-fondens passiva deläggande kreditinstrumentens återbetalningsformer. För standardkrediter baseras återbetalningarna av kapital plus ränta på företagets likviditet och sker därför inte nödvändigtvis varje månad. Återbetalningar på halvårs- eller kvartalsbasis är lika vanligt som månatliga betalningar. Enligt den tyska civillagen (*Bürgerliches Gesetzbuch*, BGB) ska räntor betalas vid varje årsslut, men även andra betalningsordningar kan avtalas fram.
- (22) När det gäller återbetalning av kapital hänvisar IBG-fonden till den tyska civillagen, som säger att återbetalning ska ske när låneavtalet sägs upp, såvida man inte kommit överens om något annat i avtalet. IBG-fondens passiva deläggande överensstämmer med den tyska civillagens bestämmelser, och inga överenskommelser som avviker från dessa bestämmelser har avtalats fram.

d) Informations- och kontrollrättigheter

- (23) IBG-fonden anför ytterligare argument som visar på likheten mellan IBG-fondens informationsklausuler och ägar- och kontrollskiftesklausuler och motsvarande klausuler när det gäller kreditinstrument. Det är vanligt att man kommer överens om ägar- och kontrollskiftesklausuler i kreditavtal, menar IBG-fonden. Framför allt vid bankkrediter och i samband med finansiering av projekt eller företagsköp brukar kreditgivare insistera på detta. Gemensamt för dessa kredittyper och IBG-fondens passiva deläggande är att de har en lång löptid och förfaller till betalning först då de sägs upp, påpekar IBG-fonden. Som motprestation kräver kreditgivarna tämligen omfattande överenskommelser som ger dem rätt att säga upp kreditavtalet i förtid om kredittagaren bryter mot överenskommelserna.

(24) För bankkrediter har de tyska privatbankernas paraplyorganisation *Bundesverband deutscher Banken* utformat en särskild avtalsmall med en långtgående ägar- och kontrollskiftesklausul. När det gäller finansiering av projekt och företagsköp hänvisar IBG-fonden till ett antal tyska kommentarer i frågan där långtgående kontrollklausuler för kreditgivaren diskuteras och erkänns.

e) Uppsägningsrätt

- (25) IBG-fonden menar att ett ytterligare skäl för att IBG-fondens passiva deläggande ska ses som likvärdigt med ett kreditinstrument gäller villkoren för att säga upp ett avtal. Vid avtalsbrott, om de överenskomna villkoren inte har uppfyllts, om oriktiga uppgifter har lämnats eller vid kontrollskifte kan såväl målföretaget som IBG-fonden säga upp avtalet. Om den specifika terminologi som används vid IBG-fondens passiva deläggande för att säga upp ett avtal skiljer sig från motsvarande terminologi vid standardkrediter ska detta endast ses som ett uttryck för instrumentets speciella karaktär jämfört med en standardkredit, framhåller IBG-fonden.

f) Avkastning

- (26) IBG-fonden redogör för det avkastningssystem som tillämpas för IBG-fondens passiva deläggande och framhåller därvid att den fasta ersättningen utgör den viktigaste komponenten i den totala årliga avkastningen om 13 procent. Den totala årliga avkastningen består dels av en fast ränta, som fastställs på basis av målföretagets kreditrisk och oberoende av investeringens lönsamhet, dels av en vinstbaserad komponent som betalas ut när vissa vinstnivåer har överstigit. Den vinstbaserade komponenten ligger alltid minst 250 räntepunkter under komponenten med fast ränta. Förutom den årliga totala räntan på 13 procent utbetalas även en engångsersättning som utgör en procentsats av det passiva delägandets nominella värde och som inte är beroende av investeringens lönsamhet.

g) Bokförings- och skatteaspekter

- (27) IBG-fonden redogör utförligt för varför man anser att fondens passiva deläggande enligt såväl tysk rätt (civil-, redovisnings- och skatterätt) som internationell redovisningsstandard (IFRS/IAS) utgör ett typiskt passivt deläggande och därmed är att betrakta som ett kreditinstrument.

5. KOMMENTARER FRÅN TYSKLAND

5.1 Synpunkter på beslutet att inleda förfarandet

- (28) I enlighet med artikel 20.2 i rådets förordning (EG) nr 659/1999 och med anledning av kommissionens offentliggörande i EUT⁽¹²⁾ har Tyskland inkommit med synpunkter till kommissionen. Tyskland anser att IBG-fondens passiva deläggande av följande skäl ska betraktas som ett typiskt passivt deläggande och därmed som kreditinstrument:

- a) Civil-, redovisnings- och skatterättsligt behandlas dessa investeringsinstrument som främmande kapital.
- b) Såväl informations- och kontrollrättigheterna som bestämmelserna för investeringens upphörande liknar dem som finns för kreditinstrument.
- c) Precis som för kreditinstrument ska kapitalet plus ränta till fullo återbetalas då delägandet upphör.
- d) Komponenten med fast ränta utgör den viktigaste avkastningskomponenten, vilket tyder på att IBG-fondens passiva deläggande bör behandlas som kreditinstrument.
- e) Krediters och andra externa fordringars förtur framför IBG-fondens passiva ägande är en förutsättning för att kunna förhindra en omedelbar bokföringsmässig insolvens på grund av kredittagarens svaga kreditläge.
- f) Banker och kreditinstitut behandlar i regel mezzaninkapital som kreditinstrument, även när det inte täcks av någon säkerhet.

5.2 Kommentarer angående IBG-fondens synpunkter

- (29) I sina kommentarer angående IBG-fondens synpunkter ger Tyskland sitt stöd för IBG-fondens uppfattning och upprepar de slutsatser man förde fram i samband med att man lämnade sina synpunkter på beslutet att inleda för-

farandet. Vidare betonar Tyskland att IBG-fondens passiva deläggande har tillhandahållits på marknadsmässiga villkor och inte omfattat något statligt stöd, eftersom det skett i enlighet med kommissionens meddelande om en översyn av metoden för att fastställa referens- och diskonteringsräntor⁽¹³⁾ (nedan kallat 2008 års meddelande).

- (30) I den fortsatta skriftväxlingen med kommissionen redogjorde Tyskland för IBG-fondens klassificeringssystem som granskats av PricewaterhouseCoopers och enligt vilket målföretagen betygsätts med alltifrån "Mycket bra" (AAA) ned till "Dåligt/Finansiella svårigheter" (CCC), där betyget CCC innebär att företaget inte beviljas någon finansiering. Vid bedömningen av målföretagens kreditrisk tas hänsyn till IBG-fondens prioriteringsordning och låga säkerhetsnivå.

- (31) Det är med hjälp av klassificeringssystemet som en riskanpassad räntesats sätts. Ersättning för det passiva delägandet utgår alltid enligt en fast räntesats, som består av interbankräntan (IBOR) och en skälig marginal. Beroende på företagets klassificering kan denna marginal ligga på mellan 100 och 650 räntepunkter. För företag som inte omfattas av IBG-fondens klassificeringssystem tillämpas en marginal som är på minst 400 räntepunkter, dock aldrig lägre än den som tillämpas på moderbolaget.

6. BEDÖMNING AV ÅTGÄRDEN

6.1 Lagenlighet

- (32) Tyskland har anmält åtgärden innan den genomförs och har därmed uppfyllt sina förpliktelser i enlighet med artikel 88.3 i EG-fördraget. Åtgärden träder i kraft först efter att ha godkänts av kommissionen.

6.2 Rättslig grund för bedömningen

6.2.1 Ekonomisk klassificering av IBG-fondens passiva deläggande

- (33) För att kunna avgöra om det i samband med IBG-fondens passiva deläggande ekonomiskt sett rör sig om ett kredit- eller egetkapitalinstrument prövades det mot riktlinjerna. I punkt 2.2. i riktlinjerna definieras begreppen "investeringsinstrument i form av kapital som liknar eget kapital" (egetkapitalinstrument) respektive "skuldfinansieringsinstrument" (kreditinstrument) på följande sätt:

⁽¹²⁾ Se fotnot 1.

⁽¹³⁾ EUT C 14, 19.1.2008, s. 6.

— "Investeringsinstrument i form av kapital likställt med eget kapital": instrument som ger innehavaren (investeraren/långgivaren) en avkastning som i huvudsak grundar sig på vinster eller förluster i det underliggande målföretaget och som inte har någon säkerhet vid betalningsförsummelse. Denna definition tar fasta på innehållet snarare än formen.

— "Skuldfinansieringsinstrument": lån och andra finansieringsinstrument för vilka säkerhet har ställts åtminstone delvis och där den viktigaste komponenten är att de ger långgivaren/investeraren en fast minimiavkastning. Denna definition tar fasta på innehållet snarare än formen.

(34) I enlighet med punkt 4.3.3 i riktlinjerna ska kommissionen "beakta instrumentets ekonomiska innehåll, inte dess benämning eller hur investerarna klassificerat instrumentet ... [och särskilt] ta hänsyn till hur stor del av risken i målföretagets satsning som investeraren tar på sig, de förluster investeraren eventuellt kan komma att drabbas av, huruvida avkastningen beror av företagets vinst eller om det är fråga om en fast avkastning samt investerarens förtursrätt om företaget går i konkurs ... [och] till hur investeringsinstrumentet behandlas i nationella författningar, finansiella regler och redovisningsregler, om dessa är konsekventa och relevanta för klassificeringen."

(35) Efter granskning av de argument som Tyskland lagt fram och av de upplysningar som berörd part (IBG-fonden) presenterat i sina synpunkter på kommissionens beslut att inleda förfarandet kan följande konstateras:

a) Risker för investeraren

(36) Med ledning av riktlinjerna har de risker och potentiella förluster som åtgärden innebär för IBG-fonden bedömts. Därvid har hänsyn tagits till att IBG-fondens passiva deläggande, i likhet med kreditinstrument, inte bär hela exitrisken, såsom vore fallet om det rörde sig om en investerare⁽¹⁴⁾. IBG-fondens passiva deläggande innebär aldrig delaktighet i målföretagets förluster, såsom vore fallet om det rörde sig om ett aktieäggande. I punkt 4.3.3 i riktlinjerna anges detta uttryckligen som ett kriterium för att skilja mellan eget kapital- och kreditinstrument. Precis

som vid kreditinstrument föreskriver avtalsbestämmelserna för IBG-fondens deläggande att kapitalet plus ränta, inklusive de vinstbaserade komponenterna, ska återbetalas ur företagets kassaflöde. Med tanke på den risk och de potentiella förluster som investeraren påtar sig kan IBG-fondens passiva deläggande sålunda ses som ett skuldfinansieringsinstrument, dvs. kreditinstrument.

b) Förtursrätt

(37) Enligt riktlinjerna ska fordringarnas förtursrätt vid insolvens beaktas. Krediter och andra externa fordringar har förtursrätt framför IBG-fondens passiva deläggande, som i sin tur har förtursrätt framför eget kapital och aldrig tar på sig målföretagets skulder, något som är ett typiskt kännetecken för kreditinstrument. Det är vanligt att prioriterade kreditgivares fordringar har förtur framför skulder som inte alls eller endast delvis täcks av säkerhet. IBG-fondens lägre prioriterade passiva deläggande är visserligen i själva verket förbundet med en högre risk jämfört med skulder som inte är lika lågprioriterade, men detta avspeglas i den riskanpassade räntan. Det är därför som inte enbart andra fordringsägares förtur räcker för att IBG-fondens passiva deläggande ska klassificeras som investeringsinstrument i form av kapital som kan likställas med eget kapital, dvs. egetkapitalinstrument.

c) Säkerheter

(38) Enligt riktlinjerna måste ett kreditinstrument åtminstone delvis täckas av säkerheter. Man bör beakta att IBG-fondens passiva deläggande täcks av säkerheter på 10–30 procent av värdet och att säkerheterna ställs av målföretagets aktieägare. De låga kraven på säkerhet kan förklaras av att snabbväxande teknikinriktade små och medelstora företag inte har säkerheter av tillräckligt högt värde. Med tanke på den låga prioritetsgraden hos IBG-fondens passiva deläggande ter det sig dessutom rimligt med endast delvis täckande säkerheter. IBG-fondens låga prioriteringsgrad och säkerhetstäckning avspeglas i avkastningens storlek. Man kan därför konstatera att den icke heltäckande säkerhetstäckningen för IBG-fondens passiva deläggande ligger i linje med riktlinjerna.

d) Avkastning

(39) Enligt riktlinjerna måste den viktigaste avkastningskomponenten hos ett kreditinstrument utgöras av en fast ersättning. IBG-fondens passiva deläggande innebär att den vinstbaserade komponenten alltid ligger minst 250 räntepunkter under komponenten med fast ränta. En fast engångsersättning vid sidan av en total avkastning på 13 procent innebär att den andel som den fasta avkastningen utgör ökar ytterligare. Komponentens med fast räntesats för IBG-fondens passiva deläggande kan därför sägas vara den viktigaste avkastningskomponenten i enlighet med riktlinjerna.

⁽¹⁴⁾ Investerare tillhandahåller i regel långfristigt kapital utan krav på återbetalning och utan säkerhet. Som motprestation får de en andel av företagets eget kapital och sin del av vinsten när de vid investeringstidens utgång avslutar sitt deläggande.

e) Ägar- och kontrollskiftesklausuler

- (40) Efter att ha granskat den omfattande information som lämnats in av berörd part drog kommissionen slutsatsen att klausulerna om information och ägar- och kontrollskifte för IBG-fondens passiva deläggande liknar klausulerna för kreditinstrument med svag förtursrätt och inga eller endast delvis ställda säkerheter. För dessa instrument ställs i regel krav på såväl intensiv övervakning som utförlig och omgående information om företagets ekonomiska utveckling. För dessa instrument fastställs dessutom särskilda finansiella indikatorer eller villkor som företaget måste rätta sig efter. Med avseende på klausulerna om information och ägar- och kontrollskifte ska därför IBG-fondens passiva deläggande ses som ett kreditinstrument.

f) Uppsägningsrätt

- (41) I sitt beslut om att inleda förfarandet bekräftade kommissionen att förutsättningarna för att IBG-fonden ska kunna säga upp ett avtal om passivt deläggande verkar likna de förutsättningar som gäller för kreditinstrument, då en investering kan sägas upp vid avtalsbrott, om överenskomna villkor inte uppfyllts, om oriktiga uppgifter lämnats eller om ett kontrollskifte ägt rum. Kommissionen tog hänsyn till att skillnaderna i terminologin endast ska ses som ett uttryck för den speciella karaktären hos IBG-fondens passiva deläggande jämfört med standardkreditinstrument. Bortsett från de terminologiska skillnaderna liknar således uppsägningsbestämmelserna för IBG-fondens passiva deläggande i princip motsvarande bestämmelser för standardkreditinstrument.

g) Rättsliga, bokförings- och skattemässiga aspekter

- (42) Kommissionen konstaterar att IBG-fondens passiva deläggande i enlighet med såväl tillämplig tysk lagstiftning (civil-, redovisnings- och skatterätt) som internationell redovisningsstandard (IAS) utgör ett typiskt passivt deläggande och därmed är att betrakta som ett kreditinstrument, vilket även Tyskland och IBG-fonden har visat.

h) Slutsatser

- (43) Efter att ha granskat de ekonomiska egenskaperna hos IBG-fondens passiva deläggande kan kommissionen med hänsyn till de rättsliga, redovisningsmässiga och skattemässiga aspekterna på detta instrument konstatera att IBG-fondens passiva deläggande ekonomiskt sett kan klassificeras som ett kreditinstrument.

6.2.2 Stödkaraktären hos IBG-fondens passiva deläggande

- (44) Kommissionen har granskat IBG-fondens passiva deläggande utifrån artikel 87 i EG-fördraget. Enligt artikel 87.1

i EG-fördraget "är stöd som ges av en medlemsstat eller med hjälp av statliga medel, av vilket slag det än är, som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna". För att en åtgärd ska anses omfattas av artikel 87.1 i EG-fördraget måste följande fyra kriterier vara uppfyllda:

- a) Åtgärden måste finansieras med hjälp av statliga medel.
- b) Åtgärden måste snedvrida eller hota att snedvrida konkurrensen genom att den gynnade parten skaffar sig en fördel.
- c) Denna fördel måste vara selektiv, dvs. vara begränsad till vissa företag eller näringsgrenar.
- d) Åtgärden måste påverka handeln mellan medlemsstaterna.

- (45) I sitt beslut om att inleda förfarandet drog kommissionen slutsatsen att om IBG-fondens passiva deläggande kan klassificeras som kreditinstrument ska detta deläggande ses som ett kreditinstrument som är förenligt med gemensamma marknaden i enlighet med 1997 års meddelande. Instrumentet är förenligt med gemensamma marknaden även i enlighet med 2008 års meddelande, eftersom IBG-fonden prövar varje företag med avseende på kreditrisken, inklusive förtursrätt vid insolvens och säkerhetstäckning, samt tillämpar riskanpassade räntesatser.

- (46) Mot bakgrund av detta kan slutsatsen dras att IBG-fondens passiva deläggande inte utgör något statligt stöd till förmån för målföretagen i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Den åtgärd som Tyskland planerar att genomföra med hjälp av holdingbolaget IBG Beteiligungsgesellschaft Sachsen-Anhalt mbH utgör inte, vad bolagets passiva deläggande beträffar, något stöd som omfattas av artikel 87.1 i EG-fördraget.

Artikel 2

Detta beslut riktar sig till Förbundsrepubliken Tyskland.

Utfärdat i Bryssel den 8 oktober 2008.

På kommissionens vägnar
Neelie KROES
Ledamot av kommissionen
