

Europeiska unionens officiella tidning

L 307

Svensk utgåva

Lagstiftning

fyr tionde årgången

7 november 2006

Innehållsförteckning

I Rättsakter vilkas publicering är obligatorisk

.....

II Rättsakter vilkas publicering inte är obligatorisk

Kommissionen

2006/736/EG:

- ★ **Kommissionens beslut av den 20 oktober 2004 om det statliga stöd som Tyskland beviljat Landesbank Berlin – Girocentrale [delgivet med nr K(2004) 3924] ⁽¹⁾** 1

2006/737/EG:

- ★ **Kommissionens beslut av den 20 oktober 2004 om ett stöd som Tyskland beviljat till förmån för Westdeutsche Landesbank – Girozentrale, numera WestLB AG [delgivet med nr K(2004) 3925] ⁽¹⁾ .** 22

2006/738/EG:

- ★ **Kommissionens beslut av den 20 oktober 2004 om statligt stöd som Tyskland beviljat till förmån för Norddeutsche Landesbank – Girozentrale [delgivet med nr K(2004) 3926] ⁽¹⁾** 58

2006/739/EG:

- ★ **Kommissionens beslut av den 20 oktober 2004 om ett stöd som Tyskland beviljat till förmån för Bayerische Landesbank – Girozentrale [delgivet med nr K(2004) 3927] ⁽¹⁾** 81

2006/740/EG:

- ★ **Kommissionens beslut av den 20 oktober 2004 om ett stöd som Tyskland beviljat till förmån för Hamburgischen Landesbank – Girozentrale, numera HSH Nordbank AG [delgivet med nr K(2004) 3928] ⁽¹⁾** 110

2006/741/EG:

- ★ **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] ⁽¹⁾** 134

Pris: 38 EUR

⁽¹⁾ Text av betydelse för EES

(Fortsättning på nästa sida.)



De rättsakter vilkas titlar är tryckta med fin stil är sådana rättsakter som har avseende på den löpande handläggningen av jordbrukspolitiska frågor. De har normalt en begränsad giltighetstid.

Beträffande alla övriga rättsakter gäller att titlarna är tryckta med fetstil och föregås av en asterisk.

2006/742/EG:	
★ Kommissionens beslut av den 20 oktober 2004 om statligt stöd som Tyskland har genomfört till förmån för Landesbank Hessen-Thüringen – Girozentrale [delgivet med nr K(2004) 3931] ⁽¹⁾	159
2006/743/EG:	
★ Kommissionens beslut av den 25 januari 2006 om det statliga stöd som Nederländerna beslutat att bevilja till förmån för AZ och AZ Vastgoed BV [delgivet med nr K(2006) 80] ⁽¹⁾	194
2006/744/EG:	
★ Kommissionens beslut av den 8 mars 2006 Om det statliga stöd som Tyskland har genomfört till förmån för Magog Schiefergruben GmbH & Co. KG [delgivet med nr K(2006) 641] ⁽¹⁾	196
2006/745/EG:	
★ Kommissionens beslut av den 8 mars 2006 om statligt stöd till Frankrike för undsättning och omstrukturering av företaget Air Lib [delgivet med nr K(2006) 649] ⁽¹⁾	205
2006/746/EG:	
★ Kommissionens beslut av den 4 april 2006 om den stödordning som Nederländerna planerar att genomföra inom ramen för projektet Marktpassageplan in Haaksbergen Stöd nr C 33/2005 (f.d. N 277/2004) [delgivet med nr K(2006) 1184] ⁽¹⁾	207
2006/747/EG:	
★ Kommissionens beslut av den 26 april 2006 om det statliga stöd som Frankrike planerar att genomföra till förmån för Euromoteurs (C 1/2005 (f.d. N 426/2004)) [delgivet med nr K(2006) 1540] ⁽¹⁾	213
2006/748/EG:	
★ Kommissionens beslut av den 4 juli 2006 Om det statliga stöd nr C 30/2004 (f.d. NN 34/2004) som Portugal har genomfört i form av befrielse från bolagsskatt på kapitalvinster från vissa transaktioner utförda av offentliga företag [delgivet med nr K(2006) 2950] ⁽¹⁾	219



⁽¹⁾ Text av betydelse för EES

II

(Rättsakter vilkas publicering inte är obligatorisk)

KOMMISSIONEN

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 20 oktober 2004

om det statliga stöd som Tyskland beviljat Landesbank Berlin – Girocentrale

[delgivet med nr K(2004) 3924]

(Endast den tyska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2006/736/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR FATTAT DETTA
BESLUT

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

med beaktande av Avtalet om upprättandet av Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, särskilt artikel 62.1 a i detta,

efter att i enlighet med nämnda bestämmelser ha givit medlemsstaten och andra berörda parter tillfälle att yttra sig ⁽¹⁾ och med beaktande av deras synpunkter, och

av följande skäl:

I. FÖRFARANDE

- (1) Förfarandet gäller delstaten Berlins överförande av *Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin*, inkl. dess tillgångar till *Landesbank Berlin – Girocentrale*. Ytterligare sex förfaranden har inletts mot Tyskland på grund av överförande av tillgångar till delstatsbanker, främst *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* ("WestLB").
- (2) Den 12 januari 1993 sände kommissionen till Tyskland en begäran om uppgifter gällande omständigheterna kring och skälen till WestLB:s kapitalökning som en följd av integreringen av *Wohnungsbauförderanstalt* ("WfA") liksom liknande tillskott till kapitalbasen hos delstatsbankerna i andra delstater. I sina svar från mars och september 1993 redogjorde Tyskland för överförandet av *Wohnungsbau-*

Kreditanstalt Berlin till *Landesbank Berlin – Girozentrale*. I november och december 1993 begärde kommissionen ytterligare uppgifter som Tyskland lämnade i mars 1994. I kommissionens första begäran om uppgifter nämndes Berlin uttryckligen.

- (3) I skrivelser av den 31 maj 1994 och den 21 december 1994 meddelade *Bundesverband deutscher Banken e.V.* ("BdB"), som företräder privatbanker med säte i Tyskland, kommissionen bl.a. att *Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin* ("WBK"), inkl. dess tillgångar, med utgången av den 31 december 1992 hade överförts till *Landesbank Berlin – Girozentrale*. Samtidigt övergick WBK:s uppgifter till den tidigare grundade *Investitionsbank Berlin* ("IBB"), som drevs som en särskild avdelning inom *Landesbank Berlin*. BdB ansåg att det tillskott till *Landesbank Berlin*'s kapitalbas som detta gav upphov till innebar en snedvridning av konkurrensen som gynnade detta företag, då det inte fanns någon överenskommelse om ersättning enligt principen om den privata investeraren i en marknadsekonomi. I den andra nämnda skrivelsen anförde BdB därför besvär och uppmanade kommissionen att inleda ett förfarande mot Tyskland enligt artikel 93.2 i EG-fördraget (numera artikel 88.2). Besvärsskrivelsen avsåg vidare liknande överföringar av tillgångar till *Westdeutsche Landesbank*, *Norddeutsche Landesbank*, *Landesbank Schleswig-Holstein*, *Hamburger Landesbank* och *Bayerische Landesbank*. I februari och mars 1995 och december 1996 anslöt sig flera enskilda banker till besvärsskrivelsen från deras centralorganisation.

⁽¹⁾ EGT C 239, 4.10.2002, s. 12.

- (4) Kommissionen undersökte först överförandet av tillgångar till WestLB. Genom beslut 2000/392/EG ⁽²⁾ förklarade kommissionen 1999 att skillnaden mellan den betalade ersättningen och den marknadsmässiga avkastningen var en stödåtgärd som var oförenlig med den gemensamma marknaden och krävde att stödet skulle återbetalas. Detta beslut upphävdes genom förstainstansrättens dom av den 6 mars 2003 ⁽³⁾ på grund av otillräcklig motivering till två element vid beräkningen av ersättningens storlek, men bekräftades på alla övriga punkter. Mot bakgrund av en överenskommelse mellan den klagande och alla de sju delstatsbanker som omfattades av motsvarande förfaranden utfärdade kommissionen samtidigt ett nytt beslut, i vilket förstainstansrättens kritik beaktades.
- (5) Den 1 september 1999 begärde kommissionen uppgifter av Tyskland gällande överföringarna till de andra delstatsbankerna, bl.a. *Landesbank Berlin* ("LBB").
- (6) I en skrivelse av den 8 december 1999 beskrev Tyskland överförandet av WBK till *Landesbank Berlin*. Uppgifterna kompletterades genom en skrivelse av den 22 januari 2001. I mars 2002 diskuterade företrädare för Tyskland och kommissionen överföringarna och kraven om återbetalning av eventuellt stöd i samband med bedömningen av omstruktureringsstöden till *Bankgesellschaft Berlin AG* (BGB), dit LBB hör sedan 1994.
- (7) I en skrivelse av den 2 juli 2002 meddelade kommissionen sitt beslut att med anledning av stödet inleda förfarandet enligt artikel 88.2 i EG-fördraget.
- (8) Efter att ha begärt och fått en förlängning av tidsfristen redovisade Tyskland i en skrivelse av den 9 september 2002 sina synpunkter och lämnade kompletterande upplysningar. Ytterligare frågor diskuterades vid sammankomsterna med Tysklands företrädare den 27 september 2002.
- (9) Kommissionens beslut att inleda förfarandet offentliggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* ⁽⁴⁾ den 4 oktober 2002. Kommissionen anmodade övriga berörda parter att inkomma med synpunkter, vilket utnyttjades av en konkurrent och av BdB. I november 2002 sändes synpunkterna vidare till Tyskland för utlåtande. Tysklands svar kom i en skrivelse av den 16 december 2002.
- (10) På begäran lämnade Tyskland ytterligare uppgifter om det eventuella stödet i skrivelser av den 22 och 27 januari 2003, den 28 februari 2003 och den 19 augusti 2003.
- (11) Genom beslut av den 18 februari 2004 godkände kommissionen omstruktureringsstödet till *Bankgesellschaft*

Berlin AG, dit LBB hör. Detta beslut gällde också en överenskommelse av den 23 december 2002 som slöts mellan delstaten Berlin och BGB angående hanteringen av delstaten Berlins eventuella krav på återbetalning av stöd som en följd av detta stödförfarande. Överenskommelsen bedömdes som omstruktureringsstöd ⁽⁵⁾.

- (12) I en skrivelse av den 7 april 2004 begärde kommissionen ytterligare uppgifter om de förfaranden som avsåg delstatsbankerna. Tysklands svar kom genom skrivelserna av den 1, 2 och 28 juni 2004.
- (13) Med utgången av den 31 augusti 2004 avskildes *Investitionsbank Berlin* (f.d. WBK) från LBB:s tillgångar. Den 25 augusti 2004 sände Tyskland detaljerad dokumentation om juridiska och andra bestämmelser i ärendet till kommissionen.
- (14) Den 27 september 2004 sände Tyskland utkastet till en överenskommelse mellan klaganden (BdB), delstaten Berlin och *Landesbank Berlin*, som efter undertecknande inkom till kommissionen den 8 oktober 2004. Överenskommelsen gäller den rimliga ersättningen för de aktier som per 1 januari 1993 överläts till LBB. På grund av att tillgångar har överförts till delstatsbanker i ytterligare fem fall, har motsvarande överenskommelser slutits och avtalen sänts till kommissionen.

II. DETALJERAD REDOGÖRELSE FÖR ÅTGÄRDERNA

1. LANDESBANK BERLIN – GIROCENTRALE ("LBB")

- (15) LBB grundades 1990 och samtidigt överfördes den dåvarande *Sparkasse der Stadt Berlin West* till LBB genom universalsuccession. Kort därefter överfördes likaså *Sparkasse der Stadt Berlin* i Östberlin till LBB. Sedan dess drivs sparbankens verksamhet i hela Berlin som en separat, juridiskt osjälvständig avdelning inom LBB med namnet *Berliner Sparkasse*.
- (16) LBB är en offentligrättslig institution med delstaten Berlin som ägare och garant. Då WBK överfördes med utgången av år 1992, ägdes LBB till 100 % av delstaten Berlin och hade en balansomslutning på ca 85 miljarder tyska mark. Antalet medarbetare var nästan 7 000. LBB är en universalbank som vänder sig till såväl privatpersoner och företag (retail banking) som offentliga kunder. Den bedriver också fastighetsfinansiering. Den har också kontor i utlandet. År 1992 utgjorde Berliner Sparkasses retailverksamhet tyngdpunkten i LBB:s verksamhet.

⁽²⁾ EGT L 150, 23.6.2000, s. 1.

⁽³⁾ REG. 2003, s. II-435.

⁽⁴⁾ EGT C 239, 4.10.2002, s. 12.

⁽⁵⁾ Punkterna 32 ff. och 141 i kommissionens beslut om ett omstruktureringsstöd till *Bankgesellschaft Berlin AG* (ännu inte offentliggjort i EUT).

(17) Sedan 1994 ingår LBB i BGB-koncernen, som bildades samma år genom en sammanslagning av flera kreditinstitut, som tidigare kontrollerades av delstaten Berlin. Som holdingbolag har BGB med ett atypiskt passivt innehav på ca 75 % sedan 1974 haft del i LBB:s tillgångar och resultat – med undantag av delstatens centrala stödorgan IBB. Delstaten, som är garant för *Landesbank*, avstod 1998 sina vinstanspråk till BGB, vilket ekonomiskt gjorde BGB till 100-procentig ägare. BGB-koncernen hade år 2001 en balansomslutning på knappt 190 miljarder euro, år 2002 på ca 175 miljarder euro och år 2003 på ca 153 miljarder euro. LBB:s balansomslutning uppgick år 2001 till 87 miljarder euro, år 2002 till 85 miljarder euro och år 2003 till 93 miljarder euro. Delstaten Berlin äger för närvarande ca 81 % av aktierna i BGB. Andra aktieägare är *Norddeutsche Landesbank* med ca 11 % och *Gothaer Finanzholding AG* (försäkringsgruppen Parion) med ca 2 %. Ungefär 6 % av aktierna är spridda på olika ägare.

(18) Främst på grund av tidigare riskabla fastighetsaffärer hamnade BGB 2001 i en akut kris. På grund av att det inte fanns tillräckligt med primärt och eget kapital hotades det av tillsynsrättsliga åtgärder från *Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen* (BAKred, numera BAFin) ⁽⁶⁾. Därefter erhöLL BGB i augusti 2001 ett kapitaltillskott på 2 miljarder euro, därav ungefär 1,8 miljarder euro från delstaten Berlin, vilket först godkändes av kommissionen som ett kortfristigt undsättningsstöd. Sedan nya risker konstaterats fick BGB ytterligare stöd från delstaten Berlin, vilket tillsammans med kapitaltillskottet anmäldes till kommissionen som omstruktureringsåtgärder och noga undersöktes av densamma ⁽⁷⁾.

(19) Den 18 februari 2004 avslutade kommissionen sin undersökning och godkände stöden till ett sammanlagt värde av ungefär 9,7 miljarder euro. Detta beslut omfattade inte bara kapitaltillskottet och de omfattande garantier som ingick i en s.k. riskgaranti, utan också en överenskommelse som slöts den 23 december 2002 mellan delstaten Berlin och BGB om hanteringen av delstaten Berlins eventuella krav på återbetalning i det här stödärendet ("överenskommelsen om återbetalning") ⁽⁸⁾.

(20) Om kommissionen i det här fallet fattade beslut om återbetalning, skulle enligt överenskommelsen delstaten Berlin betala ett saneringstillskott till LBB av den storleksordning som behövdes för att undvika att LBB eller BGB-

koncernen genom det eventuella kravet på återbetalning hamnade under den kapitaltäckningsgrad som nämns i överenskommelsen ⁽⁹⁾. På grund av risken för ett eventuellt krav på återbetalning bedömdes denna åtgärd under 2002 som nödvändig för att lönsamheten inom BGB-koncernen skulle kunna återställas. Det var inte möjligt att fastställa åtgärdens exakta ekonomiska värde inom ramen för BGB-beslutet, eftersom den aktuella undersökningen inte var avslutad. För att bedöma omstruktureringsstödet ur konkurrenssynpunkt, särskilt för att bedöma om de motprestationer som Tyskland erbjöd för att minska bankens närvaro på marknaden var rimliga, beräknades åtgärdens teoretiska övre gräns till 1,8 miljarder euro.

(21) Sammanfattningsvis kan påpekas att sett till omfattningen av Tysklands motprestationer betraktades överenskommelsen om återbetalning som ytterligare stöd till BGB-koncernen, även om överenskommelsen bara skulle tillämpas om kommissionen fattade beslut om återbetalning och detta skulle medföra att den kapitaltäckningsgrad som fastställs i överenskommelsen underskreds.

2. ÖVERFÖRANDET AV WBK TILL LBB

(22) Som en följd av omstruktureringen av Berlins innehav av bankaktier, vilket slutligen ledde till att BGB-koncernen grundades 1994, inrättades först LBB 1990, till vilken därefter sparbankerna – först i Västberlin och sedan i Östberlin – överfördes. Därefter beslöt bl.a. delstaten Berlin 1992 att inrätta IBB som en offentligrättslig, organisatorisk och ekonomiskt självständig institution utan egen rättskapacitet och som en del av LBB, avsedd att fungera som delstatens centrala stödorgan. WBK hade dittills varit en offentligrättslig institution med delstaten Berlin som ägare och garant. Det hade som allmännyttig uppgift att bygga och underhålla bostäder. WBK skulle nu tillsammans med sina uppgifter överföras till IBB som fick utökade uppgifter som stödorgan, t.ex. inom infrastruktur och miljövärd. Transaktionen ägde rum den 31 december 1992, då WBK med samtliga tillgångar överfördes till LBB genom universalsuccession.

(23) Vid överförandet ökades LBB:s grundkapital med WBK:s tidigare grundkapital på 187,5 miljoner tyska mark. Detta belopp räknas därefter inte längre till IBB:s tillgångar. WBK:s vinstreserv uppgick per 31 december 1992 till 1,9058 miljarder tyska mark. Den redovisades och redovisas fortfarande som IBB:s särskilda reserv.

(24) BAKred fastlade LBB:s garantikapital per 31 december 1992 till 3,127714 miljarder tyska mark, vilket motsvarade ökningen med 1,902714 miljarder tyska mark. Därvid beaktade BAKred ökningen av grundkapitalet med 187,5 miljoner tyska mark och WBK:s vinstreserv, exkl.

⁽⁶⁾ Efter sammanslagningen av tillsynsmyndigheterna för banker, försäkringsbolag och börsen den 1 maj 2002: *Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht* (BAFin).

⁽⁷⁾ EGT C 141, 14.6.2002, s. 2.

⁽⁸⁾ Punkterna 32 ff. och 141 i kommissionens beslut om ett omstruktureringsstöd till *Bankgesellschaft Berlin AG* (ännu inte offentliggjort i EUT).

⁽⁹⁾ Punkterna 32 ff. och 141 i kommissionens beslut om ett omstruktureringsstöd till *Bankgesellschaft Berlin AG* (ännu inte offentliggjort i EUT).

årsöverskottet 1992. Under de följande åren steg IBB:s eget kapital och redovisades som särskild reserv.

3. KAPITALTÄCKNINGSKRAV ENLIGT KAPITALBAS- OCH KAPITALTÄCKNINGSDIREKTIVET

(25) Enligt rådets direktiv 89/647/EEG av den 18 december om kapitaltäckningsgrad för kreditinstitut⁽¹⁰⁾ (nedan kallat "kapitaltäckningsdirektivet") och rådets direktiv 89/299/EEG av den 17 april 1989 om kapitalbasen i kreditinstitut⁽¹¹⁾ (nedan kallat "kapitalbasdirektivet"), enligt vilka lagen om kreditväsendet (KWG) ändrades för fjärde gången 1993, skall bankerna ha en kapitalbas på minst 8 % av sina riskjusterade tillgångsposter. Av detta skall minst 4 procentenheter bestå av s.k. primärt kapital, som omfattar de delar av kapitalet som ett kreditinstitut skall kunna använda omedelbart och utan begränsning som säkerhet för eventuella risker eller förluster. Eftersom det supplementära kapitalet bara får täcka bankens risktransaktioner med högst det belopp som motsvarar det primära kapitalet, är det primära kapitalet av avgörande betydelse. Som en följd av den fjärde ändringen av KWG skulle de tyska bankerna till den 30 juni 1993 anpassa sitt garantikapital till de nya kraven.

4. ÖVERFÖRINGENS INVERKAN PÅ LBB:S KAPITALBAS

(26) Enligt Tyskland var de nya bestämmelserna inte avgörande för överförandet av WBK till LBB, eftersom LBB klart uppfyllde de nya kapitaltäckningskraven också utan WBK:s vinstreserv. Framför allt i Berlin utgick man visserligen i början på 90-talet ifrån att återföreningen skulle sätta fart på tillväxten och att detta även skulle återverka på finanssektorn i form av ökad affärsverksamhet. Om bankerna emellertid markant ville öka sin affärsvolym, skulle det med hänsyn till de nya kapitaltäckningsbestämmelserna framför allt behövas en större kapitalbas. Genom överförandet av WBK fick LBB en betydligt stärkt kapitalbas för sin kommersiella, konkurrensinriktade långivning, varigenom det markant kunde sin utvidgade affärsverksamhet.

(27) LBB betalade resp. betalar genomsnittligt 0,25 %⁽¹²⁾ för utnyttjandet av IBB:s särskilda reserv, dock bara för det belopp som utnyttjas. Betalningen görs inte till delstaten Berlin, utan till IBB. Här måste man komma ihåg att den del av IBB:s särskilda reserv som skulle kunna användas som garantikapital var betydligt högre än de belopp som utnyttjades. De utnyttjades först från och med 1995.

III. SKÄL TILL INLEDANDE AV FÖRFARANDET

(28) Utgångspunkt för undersökningen var principen om den private investeraren i en marknadsekonomi. Enligt denna princip är den omständigheten att ett företag är statligt ägt och tillförs statliga medel i sig inte avgörande för om det handlar om statligt stöd. Bara då en offentlig investerare tillför detta företag eget kapital på villkor som det normalt sett inte skulle ha fått på marknaden, kan man tala om att företaget gynnas genom tillskottet av statliga medel.

(29) Kommissionen menade att man i detta fall måste undersöka om de aktuella medlen hade ställts till förfogande av delstaten Berlin på villkor, som den private investeraren i en marknadsekonomi skulle ha godtagit för att låna ut kapital till ett privat företag. En sådan investerare hade nämligen inte gått med på att låna ut kapital om investeringen inte skulle förränta sig inom en rimlig tid.

(30) En genomsnittlig räntesats på 0,25 % på de utnyttjade beloppen kunde enligt kommissionen knappast betraktas som en rimlig ersättning för delstaten, då redan den långfristiga riskfria räntan (tyska statsobligationer med tio års löptid) 1992 låg på drygt 7 %. Vidare påpekade kommissionen att ersättningen inte betalades direkt till delstaten utan till IBB som ingår i LBB, även om det som delstatens centrala stödorgan drivs organisatoriskt och ekonomiskt självständigt som en icke-offentligrättslig institution utan egen rättskapacitet. Dessutom låg de utnyttjade beloppen, såvitt man vet, betydligt under de belopp och de delar i den särskilda reserven som LBB kunde använda som garantikapital. Genom den ökade egna kapitalbasen kunde emellertid LBB höja utlåningskapaciteten och därmed utöka sin verksamhet.

(31) Inom ramen för den preliminära undersökningen konstaterade kommissionen att uppgifterna var otillräckliga eller helt saknades då det gällde storleken på IBB:s garantikapital, utnyttjandet och ersättningen. Därför antog

⁽¹⁰⁾ EGT L 386, 30.12.1989, s. 14, ersatt med Europaparlamentets och rådets direktiv 2000/12/EG (EGT L 126, 26.5.2000, s. 1).

⁽¹¹⁾ EGT L 124, 5.5.1989, s. 16, ersatt med direktiv 2000/12/EG.

⁽¹²⁾ 0,25 % före skatt och 0,11 % efter skatt enligt en anmärkning i den tabellen som översändes för perioden 1995-1998. Dock sägs inget om vilka skatter det gäller.

kommissionen till en början att det handlade om "ungefär 2 miljarder tyska mark" i överförda och tillgängliga medel.

- (32) Visserligen medgav kommissionen att LBB:s särskilda reserv inte gav några likvida medel, därför att WBK:s vinstreserv som redovisades som IBB:s särskilda reserv enligt lagen om grundandet av IBB av den 25 november 1992 främst fick användas till finansiering av IBB:s uppgifter som stödorgan, även om den fungerade som garantikapital enligt innebörden i KWG, och därför att LBB inte direkt kunde använda de överförda medlen för sin kreditgivning. För att kunna utöka sin verksamhet måste LBB därför refinansiera hela den ytterligare kreditvolymen på kapitalmarknaden, så att delstaten inte kunde förvänta sig samma avkastning som en investerare som ställer likvida medel till förfogande.
- (33) Då det gällde att beräkna en ersättning på grundval av principen om den private investeraren i en marknads-ekonomi meddelade kommissionen att den i detta skede och med hänsyn till de särskilda omständigheterna i det här fallet hade för avsikt använda den metod som beskrivs i beslut 2000/392/EG.
- (34) Enligt denna beräknas den rimliga ersättningen för det kapital som kan användas som säkerhet för den konkurrensutsatta verksamheten utifrån den marknads-mässiga ersättningen för vanliga likvida aktiekapitaltillskott. Därefter görs tillägg eller avdrag för de särskilda förhållan-dena i det aktuella ärendet (före investeringskatt). För att ta hänsyn till den likviditetsnackdel som följer av det icke-likvida aktiekapitaltillskottet dras nettokostnaderna för refinansiering (bruttokostnaderna för refinansiering minus tillämpliga skatter, främst bolagsskatter) ifrån.
- (35) Tyskland hade förklarat att LBB under åren före och efter överförandet var ett företag med hög avkastning och att avkastningen på eget kapital enligt uppgift var 5,37 % år 1991, 13,5 % år 1992 och 30,83 % år 1993. Kommissionen påpekade att det inte hade lämnats några uppgifter om beräkningsunderlaget. Utan tillgång till ytterligare uppgifter var det omöjligt att bedöma argumenten för att denna åtgärd inte var något stöd, vilket Tyskland hävdade. De tyska myndigheterna gjorde också gällande att delstaten Berlin hade fått en rimlig ersättning för IBB-kapitalets tillsynsrättsliga garantifunktion vid försäljningen av det passiva innehavet 1994 resp. överlåtelsen av vinstansspråken 1998 till BGB – i båda fallen exkl. IBB. Även här saknades emellertid närmare uppgifter.
- (36) Sammanfattningsvis slog kommissionen fast att man saknade viktiga uppgifter för att kunna göra en rimlig och tillräckligt detaljerad bedömning av kapitaltillskottet och ersättningen. I sitt beslut om inledande av det formella förfarandet anmodade kommissionen Tyskland att lämna dessa uppgifter, bl.a. en fullständig översikt över alla överförda medel (inkl. det belopp som utgjorde LBB:s garantikapital), utnyttjande och ersättning, motivering till ersättningen, beräkningsunderlag för LBB:s avkastning på eget kapital liksom uppdaterade siffror och en uppgift om samtliga faktorer som enligt Tysklands uppfattning hade garanterat en marknadsmässig avkastning.
- (37) Utifrån tillgängliga uppgifter tvivlade kommissionen dock starkt på att delstaten Berlin skulle ha fått marknadsmässig ersättning/förräntning på det kapital på ca 2 miljarder tyska mark som uppenbarligen nästan helt ställdes till LBB:s förfogande som garantikapital och som innebar att LBB fick en fördelaktig position gentemot sina konkurrenter. Kommissionen drog den preliminära slutsatsen att det sannolikt förelåg en snedvridning eller en risk för snedvridning av konkurrensen och – på grund av den allt större integrationen av marknaderna för finansiella tjänster – påverkan på handeln mellan medlemsstaterna. Därigenom borde åtgärden sannolikt betraktas som stöd i enlighet med artikel 87.1 i EG-fördraget. Eftersom ingen av undan-tagsbestämmelserna i artikel 87.2 och 87.3 var tillämplig, utgick kommissionen ifrån att det var tveksamt om ett eventuellt stöd var förenligt med den gemensamma marknaden.
- (38) Då varken Tyskland eller andra juridiska eller fysiska personer hade hävdad att LBB erbjöd tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 86.2 i EG-fördraget, kunde kommissionen inte dra den slutsatsen att stödet skulle kunna godkännas på grundval av artikel 86.2 i EG-fördraget. Kommissionen utgick ifrån att denna punkt inte var relevant för bedömningen av den aktuella åtgärden i ett slutgiltigt beslut, om inte ytterligare fakta presenterades.
- (39) Vidare förklarade kommissionen att man inom ramen för den preliminära bedömningen och i enlighet med artikel 1. b i rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget⁽¹³⁾ utgick ifrån att den aktuella åtgärden, om den var att betrakta som stöd, var ett nytt och inte något befintligt stöd. I detta sammanhang hänvisade kommissionen till artikel 15.2 i den nämnda förordningen och påpekade att preskriptionstiden avbrutits genom åtgärderna i beslutet om inledandet av förfarandet, såsom kommissionens skrivelser av den 12 januari 1993, 10 november 1993, 13 december 1993 och den 1 september 1999, åtgärderna i det aktuella beslutet om inledande av förfarandet samt inledande beslutet och det slutgiltiga beslutet 2000/392/EG i ärendet WestLB. Då det potentiella stödet inte anmäldes och har varit i kraft sedan det infördes, konstaterade kommissionen också att beslutet om inledande av förfarandet inte ändrade den uppskjutande verkan i artikel 88.3 tredje meningen i EG-fördraget, då det gäller Tysklands förpliktelse att inte genomföra åtgärden innan kommissionen hade utfärdat ett slutgiltigt beslut.

⁽¹³⁾ EGT L 83, 27.3.1999, s. 3, ändrad genom 2003 års anslutningsakter.

IV. TYSKLANDS SYNPUNKTER

- (40) I sitt svar redogjorde Tyskland inledningsvis för skälen till överförandet av det dåtida WBK (senare IBB) och förklarade att delstaten då hade som mål att skapa en "slagkraftig bankkoncern", vilket tycktes gynna inte bara de samlagna kreditinstituten utan också delstaten Berlin såsom ägare liksom dess banksektor. Tyskland betonade på nytt att kravet på att garantera kapitaltäckningsgraden enligt LBB:s nya kapitaltäckningsbestämmelser – till skillnad från WestLB-fallet – inte spelade någon roll för överförandet, vilket också framgick av att LBB inte utnyttjade IBB:s (f.d. WBK) garantikapital förrän i slutet av 1995.
- (41) Tyskland bekräftade att 1,902714 miljarder tyska mark av LBB:s garantikapital som bankinspektionen hade fastställt per 31 december 1992 motsvarade den höjning som de överförda medlen medförde. Därav motsvarade 187,5 miljoner tyska mark ökningen av LBB:s grundkapital⁽¹⁴⁾ och 1,715214 miljarder tyska mark WBK:s vinstreserv, exkl. årsöverskottet på 190,586. Med utgången av den 31 december 1992 övergick WBK:s alla ansvarsområden till IBB som överfördes till LBB. Med utgången av den 31 december 1992 stod det överförda kapitalet och den särskilda reserven till LBB:s förfogande som primärt kapital.
- (42) Under de följande åren steg IBB:s särskilda reserv enligt Tyskland kontinuerligt. Visserligen stod inte IBB:s särskilda reserv helt till LBB:s förfogande, eftersom en del därav varje år användes som garanti för att täcka IBB:s stödverksamhet. Tyskland lämnade exakta uppgifter för åren 1993-2003, vilka återfinns i tabellen i punkt 149.
- (43) Då IBB skildes från LBB återbetalades per 1 september 2004 den särskilda reserven till delstaten Berlin, varvid ungefär 1,1 miljarder euro av denna överfördes till två passiva innehav som delstaten hade hos LBB.
- (44) IBB:s grundkapital på 187,5 miljoner tyska mark blev kvar i LBB:s grundkapital. LBB hade å sin sida sålts till BGB 1994 (75,01 % av aktierna) och 1998 (24,99 % av aktierna).
- (45) Tyskland kompletterade också övriga uppgifter. Man förklarade på nytt att bara en del av den särskilda reserven i själva verket hade använts som säkerhet. Följaktligen varierade det belopp som i december 1995 delvis började användas som garanti mellan 212 miljoner tyska mark 1995 och drygt [...] (*) miljarder tyska mark under de senaste åren. De ersättningar som betalats till IBB bara för utnyttjandet fr.o.m. december 1995 (mellan drygt 1 miljon tyska mark för 1995-1996 och [...] miljoner tyska mark för 2001) beräknades varje månad på grundval av en räntesats som varierade mellan 0,2 % (1998) och 0,35 % (1996)
- under den aktuella tidsperioden. De exakta belopp som Tyskland uppgivit återfinns i tabellen i punkt 142.
- (46) Som underlag för att bestämma ersättningen för ett eventuellt utnyttjande av IBB:s särskilda reserv översände Tyskland ett ordförandebeslut från juni 1993. Där sägs det att "... ersättning skall betalas till *Investitionsbank Berlin* för detta kapitalkrav (utnyttjande) med ett belopp motsvarande de kostnader som skulle behövas för att skaffa sekundära garantier". År 1995 konkretiserades beslutet på så sätt att ersättningen likställdes med ett sekundärt påslag. Som motivering gavs att LBB alternativt hade kunnat skaffa sekundärt kapital på marknaden och att det helt hade kunnat disponeras av LBB inte bara i dess garanti- utan också i dess utbytesfunktion.
- (47) Eftersom IBB:s särskilda reserv bara uppfyllde garantifunktionen, hade skillnaden mellan räntan på normalt främmande kapital som inte uppfyller denna garantifunktion och det kapital som också har denna funktion fastställts som "priset" för den inköpta bruksfunktionen. Detta påslag beräknades i baspunkter i förhållande till Libor (*London Interbank Offered Rate*) på grundval av de egna villkoren resp. externa marknadsdata för sekundära lån. Beräkningsunderlag och statistik bifogades.
- (48) Beslutet att bara ersätta den utnyttjade delen av IBB:s särskilda reserv motiverar Tyskland bl.a. med att den särskilda reserven företrädesvis stod till IBB:s förfogande och att LBB i första hand är skyldigt att minska risktillgångarna resp. uppta sekundära medel på marknaden om reserven inte räcker till. Delstaten Berlin hade som ägare till IBB hela tiden rätt att ta delar av den särskilda reserven.
- (49) Tyskland meddelade vidare att de likvida medlen i IBB:s särskilda reserv var helt bundna till IBB:s befintliga verksamhet och inte stod till LBB:s förfogande för finansieringsändamål. IBB måste själv täcka beviljade lån med eget kapital och i sådana fall utnyttja den särskilda reserven. Tyskland förklarade att WBK:s tillgångar på grund av detta inte kunde jämföras med fritt disponibla finansiella tillgångar och att det därigenom bara handlade om garantifunktionen och därmed funktionen att utvidga affärsverksamheten.
- (50) Om ersättningen betalades till delstaten eller till IBB spelade här ingen roll, eftersom delstaten såsom garant för både IBB och LBB skulle tjäna på det – antingen genom LBB:s värdestegring och vinstutdelning eller genom ett inflöde till IBB:s särskilda reserv som delstaten kunde göra anspråk på.

⁽¹⁴⁾ Detta belopp räknas därefter inte längre till tillgångarna.

(*) Konfidentiella uppgifter, härefter [...].

- (51) Bortsett från dessa synpunkter ansåg dock Tyskland rent principiellt att det vid ett investeringsbeslut inte resp. inte bara ankommer på detta och att "man i överensstämmelse med rättspraxis skall skilja mellan sådana investerare som inte äger någon nämnvärd del i det aktuella företaget och inte heller eftersträvar det utan är intresserade av snabb förräntning av sin investering och sådana som har långsiktiga mål, t.ex. holdingbolag." De senare ledes av mera långfristiga lönsamhetsmål och skulle också göra strategiska överväganden.
- (52) SS Då investeringen gjordes utgick delstaten utifrån att som ensam ägare till LBB helt och direkt tjäna på LBB:s värdestegring som en följd av införlivandet av WBK. Om man använde kommissionens bedömningskriterier i beslut 2000/392/EG⁽¹⁵⁾, skulle "en finansiell åtgärd anses som oacceptabel för en privat investerare i en marknadsekonomi när företagets finansiella läge är sådant att en normal avkastning (i form av utdelning eller värdestegring) inte kan förväntas inom rimlig tid." I det fallet handlade det om förväntningarna på avkastning vid den tidpunkt då investeringsbeslutet fattades.
- (53) Såsom Tyskland först förklarade var LBB:s avkastning på det egna kapitalet 13,5 % år 1992 och 30,83 % året därefter. Dessa siffror, som lämnades redan 1999, skall hänföras till förhållandet "Resultat före (inkomst-) skatt/bokfört eget kapital i början av samma år". Då Tyskland redovisade dessa siffror hade man visserligen inte räknat in IBB:s särskilda reserv fr.o.m. 1993 i LBB:s eget kapital. På kommissionens begäran rättades detta till då de sifferserier som täcker en längre tidsperiod översändes. För perioden 1985-1992 gav dessa siffror en genomsnittlig avkastning på eget kapital på ca 13 %.
- (54) Tyskland förklarade att dessa nyckeltal låg inom de värden som de tyska privatbankerna hade uppnått under samma tidsperiod. Jämförbara tal från andra banker som hade räknats fram enligt samma metod saknades emellertid till en början. Senare tillhandahöll Tyskland egna beräkningar som gjorts på grundval av offentliga resultaträkningar från 35 tyska banker⁽¹⁶⁾. På grundval av "Resultat före skatt/bokfört egenkapital i början av detta år" hade dessa banker 1992 en genomsnittlig avkastning på eget kapital på ca 11 % och ett genomsnitt på knappt 13 % för tidsperioden 1988-1992.
- (55) Tyskland förklarade vidare att lönsamheten ur företagsekonomisk synvinkel är avgörande för ett investeringsbeslut och att denna hos en bank snarast kan räknas fram på grundval av resultatet av den vanliga affärsverksamheten resp. rörelseresultatet i förhållande till det bokförda egna kapitalet, eftersom det då inte tas hänsyn till extraordinära inkomster och kostnader. Under perioden 1990-1992 inträffade extraordinära händelser, framför allt införlivandet av *Sparkasse Ost* och den därmed förknippade uppbyggnaden av ett eget pensionssystem, samtidigt som man måste betala en ersättning för utträdet ur den nationella och regionala pensionskassan, vidare riskförebyggande åtgärder för allmänna bankrörelserisker inom f.d. *Sparkasse Ost*.
- (56) Då det gällde avkastningen på eget kapital som uppnåddes med hjälp av metoder som kan jämföras med andra bankers under samma period, förklarade Tyskland att det först 1993 blev obligatoriskt att i resultaträkningen redovisa ett extraordinärt resultat och resultatet av den normala verksamheten var för sig och att detta kunde inte jämföras med metoden före 1993, därför att extraordinära inkomster och kostnader – förutom andra poster – då fördes in under posten "Övriga inkomster/kostnader" och därför inte kunde utläsas exakt. För tiden dessförinnan lämnade Tyskland in egna beräkningar. Likaså gjorde Tyskland senare under förfarandet korrigeringar och kompletteringar vad gäller beräkningsmetoden för LBB:s avkastning av eget kapital för att LBB:s siffror skulle bli jämförbara med riksbankens undersökningar för tyska banker i sin helhet. Enligt Tyskland ändrade detta inget i den principiella bedömningen att LBB:s avkastning på eget kapital låg inom sektorns genomsnitt.
- (57) Enligt tysk uppfattning visar samtliga siffror att LBB var ett lönsamt företag då kapitaltillskottet gjordes. Delstaten Berlin var ensam ägare och den ende som kunde dra fördel av bankens framgångsrika verksamhet, oberoende av om det handlade om vinstutdelning eller värdestegring. Därför behövde delstaten inte dela den väntade avkastningsökningen med andra aktieägare och den nästan "koncerninterna" investeringen vore för en marknadsekonomiskt inriktad investerare en förnuftig transaktion. Om och i vilken omfattning någon ersättning betalades för tillskottet av medel från LBB blir därmed ointressant för bedömningen av överföringens marknadsekonomiska natur.
- (58) Kommissionen använde uttryckligen detta bedömningskriterium i sitt beslut 2000/392/EG: "Ett sätt att garantera en rimlig avkastning på det tillhandahållna kapitalet skulle därför ha varit att i motsvarande grad öka delstatens andel av WestLB, i den mån bankens totala lönsamhet motsvarar den normala avkastning som en privat investerare i en

⁽¹⁵⁾ Se fotnot 2, punkt 162.

⁽¹⁶⁾ Resultaträkningar publicerade i företagsdatabasen Hoppenstedt. Bland de 35 utvalda bankerna finns 4 privata storbanker, ytterligare 5 andra privata banker, 17 offentligrättsliga institutioner, 2 andelsbanker och 7 hypoteksbanker.

marknadsekonomi förväntar sig av sin investering. Då skulle det varit onödigt att diskutera om ersättningen på 0,6 % är rimlig. Delstaten beslutade sig dock inte för att förfara på detta sätt.”⁽¹⁷⁾

- (59) Tyskland förklarade vidare att den ökning av LBB:s värde som WBK:s tillgångar gav upphov till sedan LBB hade överfört till BGB kom delstaten till godo. Överförandet av 100 % av LBB:s ekonomiska tillgångar till BGB genomfördes i tre etapper under åren 1994 och 1998 med stöd av utlåtanden som olika revisorer och en investeringsbank hade utarbetat om värdet av delstatens överförda passiva innehav i LBB och om motprestationernas marknadsvärde, dvs. överförda BGB-aktier, också i förhållande till andra aktieägare. Tyskland sände utdrag ur dessa utlåtanden och korrespondensen med revisorerna. LBB:s värde uppskattades 1993 sålunda till ca 3,5 miljarder tyska mark (exkl. IBB självt, men med hänsyn till LBB:s ökade andel primärt kapital som en följd av den särskilda reserven) och till knappt 6 miljarder tyska mark av en annan revisor per 31 december 1997.
- (60) Dessutom menade Tyskland att metoden i beslut 2000/392/EG var felaktig, därför att den utgår ifrån att det är möjligt att jämföra med investeringar i likvida aktiekapital. På det sättet tas ingen hänsyn till särdragen i denna transaktion. Det vore rimligt att som utgångspunkt för beräkningen ha jämförbara instrument för eget kapital. Såsom kommissionen påpekade redan i fråga om WestLB torde det dock vara svårt. Dessa svårigheter kan dock inte undanröjas av att man tillgriper ett fullständigt olämpligt instrument för eget kapital för att så att säga ”komma runt” problemet.
- (61) Dessutom var det fel att ha en genomsnittlig avkastning som måttstock. Bara en avkastning som ligger under den marginal som investerarna har som spelrum var oacceptabel för en privat investerare. Slutligen var det också fel att bara dra av nettofinansieringskostnaderna i stället för de fulla refinansieringskostnaderna. Företagets eventuella skattebesparingar var ur investerarens synvinkel försumbara. En annan bedömning visade också att detta tillvägagångssätt var oacceptabelt, därför att om icke-likvida medel förs över förfogar investeraren fortfarande över kapitalets utbytesfunktion, så att han kan investera det på nytt och skulle få åtminstone den riskfria räntan, alltså ”dubbel” avkastning.
- (62) Tyskland menade vidare att kommissionen saknade befogenheter kräva tillbaka eventuellt stöd, eftersom tidsfristen hade löpt ut (artikel 15.1 i förordning (EG) nr 659/1999). Principbeslutet om WBK-överförandet fattades redan den 16 juni 1992, dvs. mer än tio år innan det förfarande inleddes som delgavs den 4 juli 2002. Den principiella avsikten hade varit att samla delstatens bankintressen och

WBK i ett holdingbolag (sedermera BGB), såvida WBK:s investeringsverksamhet kunde fortsätta samt att funktionen som offentlig myndighet och skattefriheten garanterades. Beslutet hade sedan dess varit känt för allmänheten, och kommissionen hade 1999 blivit informerad om beslutsdatum.

- (63) Enligt Tyskland hade kommissionen redan i flera beslut framhållit att den ansåg de ansvariga organens avsiktsförklaring – t.o.m. på vissa villkor – som den tidpunkt då stödet hade beviljats. Detta var också den bedömning som kommissionen gjorde då det gäller beslutet om undsättningsstöd till BGB⁽¹⁸⁾, även om beslutet av den 22 maj 2002 fortfarande hade behövt godkännas av parlamentet och kommissionen.
- (64) Tyskland menade dessutom att tidsfristen inte heller hade avbrutits enligt artikel 15.2 andra meningen i förordning (EG) nr 659/1999. Enligt denna kan tidsfristen bara avbrytas genom kommissionens åtgärder. Detta skedde först genom skrivelsen om inledandet av förfarandet av den 4 juli 2002, inte genom begäran om upplysningar som inte var åtgärder som vidtogs av kommissionen eller den behörige kommissionsledamoten. Därvid skall man också ta hänsyn till att preskriptionstiden skall garantera rätts-säkerheten och förvisso inte bara i förhållandet mellan kommissionen och medlemsstaterna, utan också stödmottagarnas rätts-säkerhet. Det var vid beslutet om inledandet av förfarandet som Tyskland för första gången uppmanades att sända en kopia av skrivelsen till stödmottagaren, vilket skedde den 9 juli 2002, och därför avbröts preskriptionstiden först då. Då beslutet av den 16 juni 2002 var den åtgärd som gav upphov till undersökningen om det handlade om statligt stöd, kunde det enligt artikel 15.3 i förordning (EG) nr 659/1999 möjligen vara fråga om ett befintligt stöd.

V. SYNPKTER FRÅN ANDRA BERÖRDA PARTER

- (65) Efter det att beslutet om inledandet av förfarandet offentliggjordes i EGT⁽¹⁹⁾ mottog kommissionen i oktober och november yttranden från *Berliner Volksbank* ("BV") och *Bundesverband deutscher Banken* ("BdB").
- (66) BV menade att överförandet av WBK var en stödåtgärd, därför att kapital hade ställts till förfogande till villkor som en privat investerare i en marknadsekonomi inte skulle ha accepterat. Betalningarna hade gjorts från LBB till IBB, som självt drivs som en avdelning inom LBB. Dessutom låg den överenskomna räntesatsen på 0,25 % långt under den marknadsmässiga räntan, vilket framgår av t.ex. besluten 2000/392/EG (WestLB), 95/547/EG⁽²⁰⁾ och 98/490/EG⁽²¹⁾ (Crédit Lyonnais), där man utgår ifrån en förväntad avkastning på eget kapital på minst 12 %. Detta stöd ledde

⁽¹⁸⁾ NN 53/2001; kommissionens beslut av den 25 juli 2001.

⁽¹⁹⁾ Se fotnot 1.

⁽²⁰⁾ EGT L 308, 21.12.1995, s. 92.

⁽²¹⁾ EGT L 221, 8.8.1998, s. 28.

⁽¹⁷⁾ Se fotnot 2, punkt 182.

till en allvarlig snedvridning av konkurrensen inom hela gemenskapen, påverkade dock i första hand konkurrensen i Berlin, där BGB tillsammans med LBB är marknadsledande inom privat- och företagssektorn (tillsammans med *Berliner Bank* och *Berliner Sparkasse*). Gentemot dem är BV en liten konkurrent med marknadsandelar på 5-7 % och därför särskilt drabbat av stödets negativa effekter. Yttrandet avslutas med en begäran om att kommissionen skall kräva tillbaka stödet.

(67) BdB påpekade först att det aktuella förfarandet ingick i en serie utredningar från kommissionens sida, nämligen överförandet av delstaternas *Wohnungsbauförderungsanstalten* till delstatsbankerna med deras konkurrensutsatta verksamhet. Det innebar, i motsats till vad Tyskland påstod, att de skärpta kraven på eget kapital i kapitaltäckningsdirektivet hade varit avgörande också i fråga om LBB. Detta framgick redan av tidpunkten för överförandet liksom också av uttalanden av den dåvarande ansvarige senatoren, som hade nämnt de strängare europeiska föreskrifterna för eget kapital som vid den tiden var att vänta. Därför fanns det ingen stödrättsligt relevant skillnad mellan det aktuella överförandet av WBK till LBB och överförandet av WfA till WestLB. Detta innebar att den metod som kommissionen hade tillämpat i beslut 2000/392/EG kunde användas här också.

(68) BdB påpekade vidare att det inte bara handlade om den särskilda reserven utan också om överförandet av WBK:s kapital på 187,5 miljoner tyska mark, som sköts till LBB:s tecknade kapital, vilket var en ekonomisk fördel då det påverkade kreditbedömningen och positivt påverkade villkoren för anskaffning av främmande kapital. Av betydligt större betydelse var emellertid den tillsynsrättsligt godkända höjningen av det primära kapitalet som överförandet medförde. Eftersom detta hade stått till förfogande som garantikapital trots att den särskilda reserven i första hand skulle användas till stöduppgifter, var förbehållet för utnyttjandet av kapitalet inte avgörande. Avgörande var däremot den ekonomiska fördelen med funktionen att utvidga affärsverksamheten, i synnerhet som just det primära kapitalet hade en kraftig hävstångseffekt (utlåningskapaciteten ökade 12,5 ggr för lån med 100 % riskvikt, t.ex. lån till företag) och 25 ggr för lån med 50 % riskvikt, t.ex. lån till offentliga institutioner). Vid anskaffning av sekundärt kapital skulle man till och med kunna bevilja lån på 50 miljarder euro, om man räknar med ett primärt kapital på (hypotetiskt) 1 miljard euro och med en riskvikt på 50 %.

(69) Vid beräkningen av vad som var en marknadsmässig ersättning hänvisade BdB till den beprövade metod som tillämpas i kommissionens beslut 2000/392/EG och till

benchmarkingen för en marknadsmässig avkastning på 12 % och till de tillägg och avdrag som därefter gjordes för särdragen i transaktionen. I varje fall kunde varken de betalade 0,25 % till IBB eller försäljningen till BGB av det passiva innehavet 1994 och vinstansspråken 1998 ses som en marknadsmässig ersättning.

(70) För det första vore det inte rimligt att vid betalningen bara beakta det utnyttjade beloppet och för det andra hör IBB till LBB så att LBB har betalat nästan till sig själv och inte till delstaten. Dessutom övertygade inte Tysklands argument att den särskilda reservens garantifunktion hade kompenserats enligt gällande regler då BGB skaffade sig ett atypiskt passivt innehav i LBB 1994, eftersom viktiga uppgifter om värden saknades och det rent principiellt var fel att se frågan snävt ur stödgivarens perspektiv. Stödrättsligt relevant var överförandet av WBK till LBB efter den 31 december 1992, de fördelar som detta gav LBB och den snedvridning av konkurrensen som detta medförde, däremot inte om stödskulden därefter uppfylldes. Överförandet av LBB till BGB var dessutom bara en koncernintern angelägenhet, eftersom en majoritet i BGB också kontrollerades av delstaten. Samma gällde för överförandet av vinstansspråken till BGB då det gällde de återstående 24,99 % år 1998. I alla händelser undanröjdes inte stödsinslaget totalt till 1998.

(71) Långt efter utgången av den tidsfrist som enligt förordning (EG) nr 659/1999 tredje part kan utnyttja för att yttra sig, kompletterade BGB den här punkten med att bl.a. påpeka att IBB inte ingick i det försäljningsvärde som beräknades för LBB och det passiva innehavet i LBB då BGB etablerades. Därför föreföll det enligt BdB uteslutet att garantifunktionen i IBB:s särskilda reserv ingick i försäljningsvärdet för det passiva innehavet i LBB.

(72) Beträffande fristen på 10 år för återkrävande av stöd enligt artikel 15.1 i förordning (EG) nr 659/1999 förklarade BdB att denna frist inleddes först med lagen om grundandet av IBB med utgången av den 31 december 1992 och således kunde löpa ut tidigast den 31 december 2002. Dessutom hade denna tidsfrist avbrutits genom kommissionens åtgärder enligt artikel 15.2 i förordning (EG) nr 659/1999. Innebörden i denna bestämmelse var vidsträckt och innefattade alla åtgärder som kommissionen vidtar inom ramen för undersökningarna, t.ex. en begäran om uppgifter. Hur bestämmelsen i övrigt skall tolkas framgår av rådets förordning (EEG) nr 2988/74 av den 26 november 1974 om preskriptionstider i fråga om förfaranden och verkställande av påföljder enligt Europeiska ekonomiska gemenskapens transport- och konkurrensregler⁽²⁾, enligt vilken syftet med avbrottet är "att få till stånd en förundersökning eller ett förfarande beträffande en överträdelse". Dessutom

⁽²⁾ EGT L 319, 29.11.1974, s. 1. Förordningen senast ändrad genom förordning (EG) nr 1/2003 (EGT L 1, 4.1.2003, s. 1).

hade Tyskland själv bett kommissionen att avvakta utredningen av tvistefrågorna i fallet WestLB och detta var i sig enligt BdB en anledning till att preskriptionstiden inte kunde återopas.

VI. TYSKANLÄNDEN S REAKTION PÅ SYNKUNKTERNA FRÅN ANDRA BERÖRDA PARTER

(73) I sitt svar av den 16 december 2002 hänvisade Tyskland principiellt till sitt eget ställningstagande till beslutet om inledandet av förfarandet och till sitt uttalande att det inte handlade om stöd i det här fallet. I övrigt innehöll svaret bara en sammanfattning till de enskilda punkterna i båda ställningstagandena.

(74) Vad beträffar BV:s och BdB:s bedömning att överföringen av WBK var en stödåtgärd förklarade Tyskland att det inte räckte att se till den månatliga ersättningen. Det handlade snarare om referensvärden, t.ex. – beroende på kapitaltillskott – räntor (på ett lån), säkerhet, avkastning eller kapitalökning. LBB var vid den aktuella tidpunkten ett lönsamt företag och därför var överförandet av WBK:s tillgångar till LBB:s eget kapital ekonomiskt meningsfullt. Därför kunde man inte – i motsats till vad BdB och BV påstod – på något sätt jämföra WestLB och LBB med varandra. Beträffande det tidigare rättegångsförfarandet mot WestLB var det dessutom fel att tala om den i det fallet använda metoden som en beprövad metod, vilket BdB gjorde.

(75) I motsats till vad BdB påstår är det obestridligt och finns klart uttryckt i beslutet om inledandet av förfarandet, att överförandet av WBK liksom LBB:s utnyttjande av den särskilda reservens garantifunktion innebar att LBB:s bokförda egna kapital ökade med 187,5 miljoner tyska mark och att detta också tillsynsrättsligt godkändes som garantikapital. I motsats till fallet med WestLB var i det här fallet frågan om i vilken mån det bokförda egna kapitalet var att uppfatta som en fördel inte relevant, eftersom man inte behövde skilja mellan tillsynsrättsligt godkända och icke godkända delar av kapitalet. Något stöd har inte lämnats för att öka det bokförda egna kapitalet eller de överförda reserverna (se punkterna 40-64).

(76) Dessutom var det orimligt att utgå ifrån att lån på 50 miljarder euro kunde beviljas då det primära kapitalet hypotetiskt var 1 miljard euro. Visserligen var det obestridligt att IBB:s särskilda reserv hade en garantifunktion och en funktion för att utvidga verksamheten eftersom den var tillsynsrättsligt godkänd, men ändå inskränkte sig fördelen till det belopp som LBB faktiska utnyttjade. Principiellt saknade den konstruerade hävstångseffekten på 1:50 all grund.

(77) Då man tillämpar principen om den privata investeraren i en marknadsekonomi, måste det handla om en investerare som befinner sig i en jämförbar situation. I detta fall beslöt sig delstaten som investerare för att binda den särskilda reservens likvida medel i IBB:s affärer och att inte ställa detta kapital med sin finansieringskaraktär till LBB:s förfogande. Delstaten ville med detta kapital uppnå egen lönsamhet (se punkterna 40-64). Även sedan LBB hade överförts till BGB, var fortfarande ingen annan än delstaten berättigad till IBB:s särskilda tillgångar. Därför vore det fel att påstå att LBB hade betalat till sig själv de ersättningar som betalats till IBB. Vidare var det vanligt att en privat investerare i en marknadsekonomi avstår anspråk på ersättning till en tredje part, inte minst då den tredje parten är ett företag eller tillgångar som investeraren ensam äger.

(78) När det gäller BV:s yttrande och den jämförelse av marknadsandelarna som gjordes mellan BV och BGB hävdades det att BV hade en starkare ställning på marknaden i Berlin än vad som sagts. BV var det näst största kreditinstitutet och hade marknadsandelar som sannolikt uppgick till 60-70 % av BGB:s och till och med då det gäller privata kunder till ca 1/3 av BGB:s marknadsandelar.

VII. ÖVERENSKOMMELSEN MELLAN BDB, DELSTATEN BERLIN OCH LBB

(79) Den 7 oktober 2004 informerade Tyskland kommissionen om resultatet av en överenskommelse mellan klaganden BdB, delstaten Berlin och LBB. Utan att överge sina principiella rättsuppfattningar enade sig parterna om vilka parametrar de ansåg lämpliga för att bestämma en rimlig ersättning för WBK:s tillgångar. Parterna bad kommissionen beakta resultaten av överenskommelsen i sitt beslut.

(80) På grundval av de detaljerade reglerna i beslut 2000/392/EG bestämde parterna inledningsvis en räntesats på 10,19 % som en rimlig minsta ersättning för WBK:s särskilda reserv. Eftersom delstaten Berlin var ensam ägare träffades ingen överenskommelse om ytterligare ersättning, t.ex. därför att den inte fick några extra röster. Avslutningsvis bestämdes ett avdrag på 3,62 % därför att det inte handlade om likvida medel (på grundval av den riskfria räntesatsen uttryckt som bruttokostnader vid refinansiering, därav ca 50 % bolagsskatt plus solidaritetspåslag för att bestämma nettokostnaderna för refinansieringen). Resultatet blev en rimlig ersättning på 6,57 %.

(81) Jämförelsen säger ingenting om ersättningen för den del av WBK:s tillgångar som inte kan användas till LBB:s konkurrensutsatta verksamhet.

(82) Det gjordes inget avdrag på grund av refinansieringskostnaderna för IBB:s grundkapital på 187,5 miljoner tyska mark, som överfördes till LBB:s grundkapital därför att det handlade om likvida medel. Eftersom grundkapitalet över-

fördes till BGB i två steg 1994 och 1998, enade sig parterna om att grundkapitalet bara skulle ersättas fram till dessa båda tidpunkter – i båda fallen proportionellt.

- (83) Parterna kunde inte ena sig om huruvida en eventuell värdetillväxt skulle beaktas som en följd av överförandet av LBB. *Landesbank* menar att försäljningen av LBB 1994 och 1998 resulterade i en värdetillväxt.

VIII. BEDÖMNING AV ÅTGÄRDERNA

1. PRINCIPFRÅGAN OM PRESKRIPTION

- (84) Vad beträffar den eventuella preskriptionen av ett återbetalningskrav angav Tyskland som tidpunkt ett beslut i Berlins senat om grundandet av ett holdingbolag i Berlin den 16 juni 1992. I det beslut som kommissionen tagit del av talas det bara om att "omstrukturera Berlins bankintressen". Därigenom "inrättas Berliner Banken-Holding AG där följande banker sammanförs: Landesbank Berlin-Girozentrale, Berliner Bank AG och Berliner Pfandbrief-Bank". Tillgångarna överförs inte genom detta beslut.

- (85) Den aktuella åtgärden, dvs. överförandet av WBK:s tillgångar till LBB, vidtogs först med utgången av den 31 december 1992. Den ekonomiska effekten av åtgärden, dvs. höjningen av LBB:s egna kapital och den därigenom ökade möjligheten att bevilja krediter, inträdde först den 1 januari 1993. Före detta datum kan i det här fallet inget statligt stöd ha lämnats.

- (86) Även om man menade att åtgärden beviljades den 16 juni 1992, dvs. flera månader före överföringsdatumet, kan man inte, såsom Tyskland hävdar, utgå från att kommissionens befogenheter att återkräva stöd preskriberats enligt artikel 15.1 i förordning (EG) nr 659/1999. Tyskland menar att först beslutet om inledandet av förfarandet av den 4 juli 2002 är en kommissionsåtgärd som avbryter preskriptionstiden, bl.a. därför att Tyskland först i detta beslut uppmanades att sända en kopia av denna skrivelse till stödmottagaren.

- (87) Denna uppfattning är felaktig. Artikel 15.2 i förordning (EG) nr 659/1999 avser "varje åtgärd" från kommissionens sida, inte bara ett formellt inledande av förfarandet. I det här fallet var de olika åtgärder som kommissionen företog, särskilt begäran om uppgifter gällande LBB vid olika tillfällen och i varje fall begäran om uppgifter i september 1999, tillräckliga för att avbryta preskriptionen. Så var fallet även om LBB inte fick kännedom om kommissionens åtgärder. I sin dom av den 10 april 2003 i mål T-366/00 (*Scott SA mot kommissionen*)⁽²³⁾ slår förstainstansrätten fast att det faktum att stödmottagaren inte visste något om att kommissionen begärde uppgifter av medlemsstaten inte

medför att de förlorar sin rättsverkan gentemot stödmottagaren. Kommissionen har ingen skyldighet att underrätta potentiellt berörda parter, däribland stödmottagaren, om de åtgärder som tillgrips innan förvaltningsförfarandet gällande ett olagligt stöd inleds. Domstolen kom därför till slutsatsen att den aktuella begäran om uppgifter är en åtgärd enligt artikel 15 i förordning (EG) 659/1999, som avbröt preskriptionstiden innan den löpte ut, även om stödmottagaren inte kände till skriftväxlingen⁽²⁴⁾. Dessutom förefaller det osannolikt att LBB inte skulle ha känt till kommissionens begäran om uppgifter då Tyskland svarade på begäran i december 1999.

- (88) Kommissionen har således befogenhet att kräva tillbaka stödet i detta fall.

2. STATLIGT STÖD I DEN MENING SOM AVSES I ARTIKEL 87.1 I EG-FÖRDRAGET

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

2.a STATLIGA MEDEL

- (90) Med överförandet valde delstaten Berlin att öka LBB:s kapital genom att införliva de allmännyttiga företagen WBK/IBB som hade delstaten Berlin som garant och ägare. Därigenom ökades LBB:s eget kapital, som tillsynsrättsligt godkändes genom en skrivelse av den 24 februari 1993, till ca 1,9 miljarder tyska mark. Därav motsvarade 187,5 miljoner tyska mark ökningen av LBB:s grundkapital med hjälp av det f.d. WBK:s grundkapital⁽²⁵⁾ och ca 1,715 miljarder tyska mark motsvarade WBK:s vinstreserv (exklusive årsöverskottet 1992 på knappt 200 miljoner tyska mark), som sedan redovisades som IBB:s särskilda reserv och kontinuerligt steg.

- (91) Överförandet av beloppet på ca 1,9 miljarder tyska mark och det tillsynsrättsliga godkännandet som primärt kapital innebar en markant ökning av LBB:s utlåningskapacitet och därmed dess möjlighet att utvidga den konkurrensutsatta verksamheten. Vid en riskvikt på 100 % för samtliga fordringar (t.ex. lån till annat än banker) och utan anskaffning av ytterligare sekundära medel ligger denna potential för en utvidgning av verksamheten teoretiskt på 12,5 gånger det extra garantikapitalet (i det här fallet alltså knappt 24 miljarder tyska mark). Det går inte att bestämma exakt

⁽²³⁾ REG 2003, s. II-1763.

⁽²⁴⁾ Ibidem, punkt 60.

⁽²⁵⁾ Detta belopp räknas inte längre till IBB:s tillgångar.

hur stor denna potential är i det enskilda fallet, eftersom det hänger samman med kundstrukturen, den strategiska planeringen och yttre faktorer som inte kan förutses. Frågan om och exakt hur ett kreditinstitut använder nytt eget kapital är heller inte avgörande för undersökningen.

- (92) Trots att IBB även i fortsättningen delvis behövde medlen som säkerhet för sin stödverksamhet, godkändes de överförda medlen tillsynsrättsligt och kunde således användas som säkerhet för LBB som konkurrerade med andra kreditinstitut. Det råder inget tvivel om att LBB därigenom fick tillgång till statliga medel som gav LBB en ekonomisk fördel gentemot konkurrenterna, såvida det inte fick dessa medel till marknadsekonomiska villkor.

2.b STÖD TILL ETT VISST FÖRETAG

- (93) För att undersöka om överföringen av statliga medel till ett statligt företag gynnar detta företag och följaktligen kan utgöra statligt stöd enligt artikel 87.1 i EG-fördraget, tillämpar kommissionen principen om den private investeraren i en marknadsekonomi. Denna princip har erkänts och vidareutvecklats av förstainstansrätten i en rad mål, senast i domen av den 6 mars 2003 som gällde en liknande överföring till WestLB⁽²⁶⁾.

(1) *Principen om den private investeraren i en marknadsekonomi*

- (94) Enligt principen om den private investeraren i en marknadsekonomi skall det inte bedömas som stöd när kapital ställs till förfogande till villkor "som en privat investerare, som verkar under normala marknadsvillkor, skulle vara beredd att acceptera för att bevilja ett privat företag krediter"⁽²⁷⁾. Det handlar däremot om stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget om de föreslagna reglerna för ersättning eller företagets ekonomiska situation medför att normal avkastning inte kan förväntas inom en rimlig tid

(2) *Artikel 295 i eg-fördraget*

- (95) Enligt artikel 295 i EG-fördraget berörs de olika medlemsstaternas egendomsordning inte av EG-fördraget. Detta motiverar dock inte överträdelse av dess konkurrensbestämmelser.
- (96) Tyskland hävdar att WBK-tillgångarna var bundna till ett visst ändamål och därför inte kunde användas lönsamt på något annat sätt än genom att de införlivades i en liknande offentligrettslig institution. Därmed skulle vilken ersättning som helst för överföringen, dvs. all ytterligare avkastning på

WBK-kapitalet, vara tillräcklig för att motivera överföringen av tillgångarna enligt principen om den private investeraren i en marknadsekonomi.

- (97) Denna argumentationen är ohållbar. Det är möjligt att WBK:s överförande till LBB och den möjlighet det gav LBB att använda en del av WBK-kapitalet som säkerhet i sin konkurrensutsatta verksamhet var den ekonomiskt mest rationella användningen av tillgångarna. Men så snart statliga medel och andra tillgångar används för affärsmässig, konkurrensutsatt verksamhet, skall de marknadsmässiga reglerna tillämpas. Det betyder att staten bör kräva en marknadsmässig ersättning för sådana tillgångar som är avsedda för offentliga ändamål men som man beslutar att (även) utnyttja kommersiellt.

(3) *Ägarstruktur*

- (98) Den avgörande frågan i den här undersökningen är om en privat investerare som handlar på normala marknadsekonomiska villkor och som i storlek kan jämföras med förvaltningsinstitutionen inom den offentliga sektorn hade kunnat förmås att satsa detta kapital under motsvarande omständigheter, såsom förstainstansrätten hävdar i WestLB-målet med hänvisning till den då aktuella rättspraxisen⁽²⁸⁾. Såsom rätten förklarade med hänvisning till andra mål skall slutligen "jämförelsen mellan offentliga och privata investerarens handlande göras med beaktande av det förhållningssätt som en privat investerare skulle ha intagit vid den aktuella transaktionen med hänsyn till tillgänglig information och den förutsebara utvecklingen vid denna tidpunkt"⁽²⁹⁾. Därmed är det uppenbart att det viktigaste vid undersökningen är tidpunkten för investeringen och investerarens rimliga förväntningar vid denna tidpunkt, dvs. på grundval av tillgänglig information. Dessa avser huvudsakligen den sannolika avkastningen.

- (99) Delstaten Berlin var ensam ägare till LBB (och WBK). Även om detta skulle göra det möjligt att bortse från den fast överenskomna ersättningen – i genomsnitt 0,25 % på den del av den särskilda reserven som LBB tog i anspråk från och med december 1995 – kan delstaten Berlins ägande inte rättfärdiga den ringa direkta ersättningen i det här fallet.

- (100) Att hänvisa till delstatens ägande skulle förutsätta att det fanns en tillfredsställande verksamhetsplan, en värdeberäkning eller en bedömning av den förväntade avkastningen på den aktuella investeringen. Vid det aktuella tillfället fanns det inte. Kommissionen har därför inga uppgifter som kan användas för att kontrollera delstatens påståenden.

⁽²⁸⁾ Se fotnot 3, punkt 245.

⁽²⁹⁾ Se fotnot 3, punkt 246.

⁽²⁶⁾ Se fotnot 3.

⁽²⁷⁾ 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, se punkt 11). Visserligen handlar detta meddelande uttryckligen om processindustrin, men principen gäller säkerligen i lika mån för alla andra ekonomiska sektorer. Beträffande finansiella tjänster har detta bekräftats i en rad beslut av kommissionen, t.ex. i fallen *Crédit Lyonnais* (EGT L 221, 8.8.1998, s. 28) och *GAN* (EGT L 78, 16.3.1998, s. 1).

(101) Kommissionen anser därför att den rimliga ersättningen i detta fall måste bestämmas på grundval av den direkta marknadsmässiga ersättningen.

(4) *Ersättning och ersättningslement*

Det kapital som skall läggas till grund för beräkningen av ersättningen

(102) Såsom fastställs i beslut 2000/392/EG och bekräftats av förstainstansrätten skall i princip det totala värdet på de överförda tillgångarna ersättas. Eftersom BAKred genast godkände medlen i sin helhet som primärt kapital, stod de till LBB:s förfogande från och med den 1 januari 1993 som säkerhet, med undantag av de belopp som årligen behövdes för investeringsverksamheten. Det kapital som behövdes som säkerhet för stödverksamheten och som LBB inte kunde utnyttja skall dock dras av från dessa belopp som steg för varje år.

(103) WBK:s och IBB:s bundna tillgångar och det kapital som IBB behövde för stödverksamheten varierade eller steg ständigt från början av 1993. Värdena återfinns i tabellen i punkt 142.

(104) WBK:s och IBB:s grundkapital på 187,5 miljoner tyska mark, som överfördes till LBB:s grundkapital, var likvida medel. År 1994 såldes 75,01 % av LBB till BGB, år 1998 de resterande 24,99 % av aktierna till BGB till ett pris av 1,5 miljarder tyska mark. Därmed skall grundkapitalet från och med 1998 hänföras till BGB.

(105) Därför finns det tre underlag för att beräkna en rimlig ersättning: för det första det likvida kapitalet på 187,5 miljoner tyska mark för år 1993 och för åren 1994-1997 med ett värde på 46,9 miljoner tyska mark (motsvarande 24,99 % av aktierna), för det andra den särskilda reserven och för det tredje det kapital som behövdes för stödverksamheten. Eftersom minimiavkastningen är densamma för de båda första instrumenten kan de i det följande studeras tillsammans.

Rimlig ersättning för grundkapitalet och den särskilda reserven

(106) Finansiella placeringar av varierande ekonomisk karaktär förutsätter olika avkastning. Då man undersöker om en placering är godtagbar för en investerare som handlar på normala marknadsmässiga villkor, måste man därför utgå från placeringens särskilda ekonomiska karaktär och värdet av det kapital som ställts till LBB:s förfogande.

Jämförelse med andra instrument för eget kapital

(107) Vid utredningen av den rimliga ersättningen är det viktigt att veta med vilka andra instrument för eget kapital som överförandet av WBK-kapital kan jämföras, eftersom ersättningen för de olika instrumenten varierar på

marknaden. Då det gäller avtalet utgår BdB, delstaten Berlin och LBB ifrån att överförandet kan jämföras med en investering i aktiekapital.

(108) Även kommissionen menar att överförandet av WBK snarast liknar en investering i aktiekapital. För det första är det ett antagande som utan tvivel gäller för grundkapitalet och inte behöver behandlas närmare här. För det andra gäller detta emellertid också för den särskilda reserven som likaså godkändes som primärt kapital av BAKred.

(109) I detta sammanhang bör man först och främst framhålla att det relativt breda utbudet av instrument för innovativt eget kapital som kreditinstituten numera har tillgång till i flera länder, ännu inte existerade i Tyskland då överföringen av WBK till LBB beslutades 1993. En del av dessa instrument har utvecklats först därefter, andra fanns redan men var inte godkända i Tyskland. Följaktligen vore en jämförelse av den särskilda reserven med sådana innovativa instrument, som till största delen utvecklades först senare och delvis endast finns i andra länder, inte övertygande.

(110) Kommissionen menar också att en jämförelse med passivt innehav inte passar för att bestämma den rimliga ersättningen för den särskilda reserv som godkänts som primärt kapital. En viktig synpunkt för kommissionen är i det sammanhanget att överförandet inte skedde i form av ett passivt innehav utan som en särskild reserv. Även BAKred godkände överförandet som reserv och inte som passivt innehav enligt § 10 KWG. Att den tyska tillsynsmyndigheten behandlade överförandet som reserv talar för att det tillhandahållna kapitalet snarare är jämförbart med aktiekapital än med passivt innehav.

(111) Dessutom är fortfarande risken att åtminstone delvis förlora det överförda kapitalet i händelse av insolvens eller likvidation inte mindre än vid en investering i aktiekapital, eftersom LBB:s eget kapital till stor del utgörs av WBK:s tillgångar och LBB i många år använde en stor del av det anskaffade kapitalet till att täcka riskbetonad verksamhet.

Likviditetsnackdelar med den särskilda reserven

(112) Ett "normalt" kapitaltillskott till en bank ger såväl likvida medel som en kapitalbas som banken behöver för att kunna utvidga sin affärsverksamhet i överensstämmelse med tillsynsreglerna. För att fullt ut kunna utnyttja kapitalet, dvs. för att utvidga sina tillgångar med en riskvikt på 100 % med en faktor på 12,5 (dvs. 100 dividerat med kapitaltäckningsgraden på 8 %), måste banken göra en refinansiering som är 11,5 gånger så stor på de finansiella marknaderna. Enklare uttryckt uppkommer vinsten på det egna kapitalet⁽³⁰⁾ genom skillnaden mellan 12,5 gånger de erhållna och 11,5 gånger de betalda räntorna på detta kapital minus bankens övriga kostnader (t.ex. förvaltningskostnader).

⁽³⁰⁾ I verkligheten är situationen naturligtvis mycket mer komplicerad, exempelvis på grund av poster utanför balansräkningen, olika riskvikter för tillgångar och poster utan risk. Det påverkar dock inte huvuddragen i resonemanget.

- (113) Bortsett från grundkapitalet på 187,5 miljoner tyska mark gav överförandet av WBK:s tillgångar till LBB till en början inga likvida medel. LBB har därför ytterligare finansieringskostnader motsvarande kapitalbeloppet om man skaffar nödvändiga medel på finansmarknaderna för att fullständigt kunna utnyttja de affärsmöjligheter som banken får genom det supplementära kapitalet, dvs. för att utvidga de riskjusterade tillgångarna med 12,5 gånger kapitalbeloppet (eller att bevara befintliga tillgångar av denna storlek)⁽³¹⁾.
- (114) På grund av dessa extra kostnader, som inte uppkommer vid tillskott av eget kapital i annan form, måste man göra ett motsvarande avdrag för att fastställa en rimlig ersättning. En privat investerare i en marknadsekonomi kan inte förvänta sig att få samma ersättning som vid tillskott av kontant kapital.
- (115) Kommissionen anser emellertid att inte hela räntesatsen för refinansieringen bör beaktas. Refinansieringskostnader är driftskostnader och minskar därför den beskattningsbara inkomsten. Bankens nettoresultat sjunker alltså inte med det belopp som motsvarar de extra räntebetalningarna. En del av dessa kostnader uppvägs nämligen av en mindre bolagsskatt. Endast nettokostnaderna bör beaktas som extrakostnader för LBB till följd av det överförda kapitalets särskilda egenskaper. Sammanfattningsvis medger kommissionen således att LBB får extra "likviditetskostnader" motsvarande "refinansieringskostnaderna minus bolagsskatt".
- (116) I förhandlingarna om överenskommelsen använde parterna, liksom i överenskommelsen om *Hamburgische Landesbank* där överföringen gjordes samtidigt, en långfristig riskfri räntesats på 7,23 %. Dessutom enades parterna om att godta en schablonmässig skattesats på 50 %⁽³²⁾. Nettofinansieringssatsen blev då 3,62 % och likviditetsavdraget blev detsamma. Detta avdrag gäller bara för den särskilda reserven.
- Beräkning av den förväntade minimiersättningen för den särskilda reserven och grundkapitalet**
- (117) En privat investerare i en marknadsekonomi bygger sina förväntningar om avkastning på dels den historiska genomsnittliga avkastningen som i allmänhet också ger en uppfattning om företagets framtida resultat, dels de slutsatser som kan dras av analysen av företagets affärsmodell under den period investeringen gäller, företagsledningens strategi och kapacitet eller de relativa utsikterna inom branschen i fråga. Om företaget har behov av kapital måste det kunna övertyga en presumtiv investerare att det klarar av att långfristigt åtminstone uppnå den genomsnittliga avkastning som förväntas av företag som är jämförbara i fråga om risk och bransch. Om ett företag inte kan leva upp till dessa förväntningar på en åtminstone genomsnittlig avkastning, kommer investeraren att avstå från denna investering och överväga att investera i ett annat företag med samma riskbild, men med bättre utsikter.
- (118) Det finns olika metoder för att räkna ut den rimliga minimiersättningen. Det finns allt från olika varianter av finansieringsmodeller till CAPM-metoden. För att åskådliggöra de olika modellerna är det lämpligt att skilja mellan två komponenter, en riskfri avkastning och en projektspecifik riskpremie: rimlig minimiavkastning på en riskinvestering = 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.
- (119) På motsvarande sätt fastställs avkastningen alltid på grundval av om det finns en investeringsform utan risk för bortfall, men med en förmodat riskfri avkastning. Vanligtvis refereras till den förväntade avkastningen av värdepapper utgivna av staten med fast ränta för att bestämma den riskfria grundräntesatsen (eller ett index som bygger på sådana värdepapper), eftersom de utgör investeringsformer med jämförbart liten 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.
 - *Finansieringsmodell med Compound Annual Growth Rate*: Det centrala i denna modell är att man använder ett geometriskt i stället för ett aritmetiskt medelvärde.
 - *CAPM*: CAPM är den mest kända och oftast testade modellen inom den moderna finansvärlden och den kan användas för att beräkna en investerares förväntade avkastning med följande formel: förväntad avkastning = riskfri räntesats + marknadsriskpremie x Beta. Betafaktorn används till att kvantifiera ett företags risk i förhållande till den sammanlagda risken för samtliga företag. Riskpremien för den specifika investeringen beräknas genom att multiplicera marknadens riskpremie med beta-faktorn.

⁽³¹⁾ Situationen ändras inte om man ser till möjligheten att skaffa supplementärt kapital till samma belopp som det primära kapitalet (faktor 25 i stället för 12,5 för primärt kapital).

⁽³²⁾ Enligt handlingar som Tyskland lagt fram uppgick bolagsskatten 1992 till 46 %, till vilket kom solidaritetspåslaget på 3,75 %, dvs. totalt 49,75 %. Den totala skattesatsen sjönk 1993 till 46 % och uppgick under perioden 1994-2000 till 49,5 %. Sedan 2001 är den totala skattesatsen 30 %.

- (120) CAPM är den dominerande metoden för att beräkna avkastningen av investeringar hos börsnoterade stora företag. Eftersom LBB inte är något börsnoterat företag, är det inte möjligt att göra någon direkt avledning av dess betavärde. CAPM kan därför bara tillämpas om man uppskattar betafaktorn.
- (121) Rent generellt är Tyskland kritiskt till att tillämpa CAPM. Till sist använde ändå parterna CAPM i sin överenskommelse och nådde fram till en rimlig ersättningsnivå på 10,19 % för överförandet av grundkapitalet och den särskilda reserven till LBB.
- (122) Parterna lade CAPM till grund för sina beräkningar och använde 7,23 % som riskfri grundräntesats per 31 december 1992. Beräkningen av dessa räntesatser gjordes utifrån antagandet att WBK:s tillgångar varaktigt skulle ställas till LBB:s förfogande. Parterna avstod därför från att använda en riskfri avkastning med referensdatum – som iaktogs på marknaden vid överföringstidpunkten för en fast investeringsperiod (t.ex. tioårig avkastning för statsobligationer), eftersom ett sådant betraktelsesätt inte beaktade reinvesteringens risk, 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 beräknade sedan den årliga avkastningen enligt REX10 Performance-indexet mellan 1970 och 1991 och kom på så sätt fram till den tidigare nämnda riskfria grundräntesatsen på 7,15 % (31 december 1992).
- (123) Eftersom LBB:s insättning faktiskt stod till förfogande under längre tid verkar denna metod lämplig för att beräkna den riskfria basräntesatsen i detta ärende. Det använda REX10 Performance-indexet är dessutom allmänt erkänt som datakälla. Den framräknade riskfria grundräntesatsen verkar därför rimlig.
- (124) Uppskattningen av betafaktorn till 0,74 byggde på ett utlåtande från KPMG om s.k. justerade betafaktorer för alla börsnoterade kreditinstitut i Tyskland, som kommissionen fått en kopia av. På grundval av detta utlåtande och med hänsyn till LBB:s affärsverksamhet tycks denna betafaktor vara rimlig.
- (125) Kommissionen anser också att den marknadsmässiga riskpremien på 4,0 % är motiverad. Redan i det förfarande som ledde fram till beslut 2000/392/EG användes flera gånger den s.k. allmänna långfristiga marknadsmässiga riskpremien, dvs. skillnaden mellan den långfristiga genomsnittliga avkastningen på en vanlig aktieportfölj och avkastningen på statsobligationer. I de motsvarande

expertrapporterna som lades fram i ärendet fastställdes intervallet till cirka 3-5 % alltefter metod, undersökt period och dataunderlag. Som exempel kan nämnas att det i en expertrapport som utarbetades för BdB räknades med 3,16 % resp. 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 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.

- (126) Kommissionen konstaterar därför att en rimlig minimiersättning är 10,19 % per år är lämplig (i båda fallen efter bolagsskatt och investerarskatt).

Bortfall av avkastningstillägget på grund av 100 % ägande

- (127) Det måste prövas om det finns skäl till att justera den uträknade minimiersättningen. Enligt det förfarande som tillämpats i andra delstatsbanker kan följande tre karakteristika motivera ett sådant tillägg som transaktionens särdrag: 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.
- (128) Liksom i de andra förfarandena anser kommissionen att tillägg för de båda senare aspekterna inte är motiverade. Eftersom ingen rösträtt fördelats genom att inga nya aktier emitterats är det likaså inte möjligt med något tillägg därför att delstaten Berlin redan ägde 100 % av aktierna.

Ingen nedsättning av avgiften på grund av avtalet om en schablonersättning

- (129) När det gäller aktier beror ersättningen direkt på företagets resultat och ges huvudsakligen i form av utdelningar och en andel av företagets värdetillväxt (t.ex. uttryckt genom höjda aktiekurser). Delstaten får en schablonersättning, vars storlek skall omfatta båda dessa aspekter på ersättningen för ett "normalt" kapitaltillskott. Man kan hävda att den fasta ersättning som delstaten får i stället för en ersättning som skulle varit direkt knuten till LBB:s resultat, innebär en fördel som motiverar en minskning av ersättningens storlek. Om en sådan fast ersättning faktiskt är fördelaktigare än en variabel, vinstrelaterad, beror på företagets resultat i framtiden. Blir resultaten sämre är den fasta ersättningen fördelaktig för investeraren, blir de bättre är den en nackdel. Den faktiska utvecklingen kan emellertid inte ligga till grund för en bedömning av ett investeringsbeslut. Mot denna bakgrund anser kommissionen att ersättningens storlek av detta skäl inte kan minskas.

Total ersättning för grundkapitalet och den särskilda reserven

- (130) På grundval av ovanstående drar kommissionen slutsatsen att 10,19 % per år skulle vara den marknadsmässiga minimiavkastningen för kapital och den särskilda reserven (efter bolagsskatt). Vad det gäller den icke-likvida särskilda reserven skall ett avdrag på 3,62 % göras på grund av nettokostnaderna för finansieringen.

Rimlig ersättning för de belopp som behövs för investeringsverksamheten

- (131) Även de belopp som behövs för investeringsverksamheten är av ekonomiskt värde för LBB och dess funktion kan jämföras med en borgensförbindelse eller garanti. För att ta en sådan risk skulle en privat investerare i en marknads ekonomi kräva en rimlig ersättning. Denna fråga behandlas inte i överenskommelsen mellan BdB, delstaten och LBB.
- (132) I fallet WestLB⁽³³⁾ bedömde Tyskland en ersättning på 0,3 % per år före skatt som lämplig. Eftersom WestLB och LBB 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 LBB också skulle ha varit tvunget att betala på marknaden i mitten av 1990-talet för att ta över en borgensförbindelse till sin egen fördel.
- (133) De skäl som i beslut 2000/392/EG emellertid ligger till grund för en höjning av den ursprungliga ersättningen passar inte in här. I beslut 2000/393/EG gjordes ett tillägg till den nämnda räntesatsen på 0,3 % per år (före skatt) med ytterligare 0,3 % per år, därför att borgensförbindelser brukar vara förknippade med bestämda transaktioner och vara tidsbegränsade (vilket inte var fallet med WestLB) och därför att det belopp på 3,4 miljarder tyska mark som ställdes till förfogande för WestLB ligger över det som normalt täcks med sådana bankgarantier.
- (134) Det verkar inte lämpligt att höja ersättningen på 0,3 % med hänvisning till en särskilt stor omfattning på garantin, eftersom den omfattar cirka 170-350 miljoner tyska mark årligen. Det är också tveksamt att höja satsen på grund av att WBK:s tillgångar i princip stod till obegränsat förfogande, av samma skäl som inget påslag gjordes på ersättningen för det kapital som stod till förfogande för den konkurrensutsatta verksamheten, därför att delstaten hade möjligheten att faktiskt på nytt undanta LBB från tillgångarna, vilket också skedde i slutet av augusti 2004.
- (135) Garantipremien utgör en driftsutgift för LBB och minskar därför den beskattningsbara vinsten. Ersättningen för WBK:s tillgångar betalas ur vinsten efter skatt. Därför skall 0,3 % i princip anpassas till skattesatsen. Även vad gäller refinansieringskostnader utgår kommissionen – i detta fall enligt LBB:s önskemål – från en sammanlagd schablon-skattesats på 50 %. Därför fastställer kommissionen en sats på 0,15 % per år efter skatt.

(5) Stödinslaget

- (136) Efter dessa beräkningar betraktar kommissionen följande ersättningar som marknadsmässiga: 10,19 % per år efter skatt för grundkapitalet, 6,57 % per år efter skatt för den del av den särskilda reserven som LBB kunde använda för att täcka sin affärsverksamhet och 0,15 % per år efter skatt för de belopp som behövs som investeringskapital men som redovisas som eget kapital i bokslutet.
- (137) Med stöd av de redovisade beräkningsunderlagen och ersättningarna för de olika slagen av överfört kapital uppkommer de totala belopp som redovisas i punkt 142 och som borde ha betalats som rimlig ersättning för de enskilda elementen och åren.
- (138) Däremot måste man fastställa de belopp för vilka det redan vid tidpunkten för investeringen fanns en fast överenskommelse som ersättningar. Det handlar enligt kommissionens uppfattning bara om den fast avtalade ersättningen av varierande storlek (se tabell i punkt 142) för utnyttjandet av den särskilda reserven. Ytterligare beståndsdelar, såsom de av Tyskland anförda realiserade värdestegringarna och utdelningarna motsvarande 238 miljoner tyska mark år 1993, kan däremot inte räknas in.
- (139) Tyskland hävdade att de realiserade värdeökningar och den utdelning på 238 miljoner tyska mark som uppstod med anledning av försäljningarna 1994 och 1998 skulle dras av från den betalbara ersättningen. Enligt principen om den privata investeraren i en marknadsekonomi som på grundval av den information som föreligger vid investeringstillfället förväntar sig antingen en rimlig avkastning eller kommer överens om en direkt ersättning, är betalningar som gjorts och värdeökningar som uppnåtts efter investeringen utan betydelse. På det sättet kan inte de utdelningar som kan räknas ut från första början eller värdeökningar bli avgörande. Det är heller inte avgörande om en värdestegring som följd av en försäljning leder till överskott eller ej. Slutligen är det oklart varför utdelningen på 238 miljoner tyska mark skulle göras på grundval av den överförda särskilda reserven. Därvid borde man eventuellt överväga en proportionell betalning enligt förhållandet mellan den särskilda reserven och LBB:s övriga kapital.
- (140) Dessutom gjorde Tyskland gällande att ett skäl till överförandet var potentiella synergieffekter och en ökning av LBB:s eget kapital. Eftersom dessa samverkansvinster varken minskar det överförda kapitalets användbarhet för LBB eller ökar LBB:s kostnader för överföringen, torde samverkansvinsterna inte heller påverka storleken på den ersättning som en privat investerare i en marknadsekonomi skulle kunna kräva av banken för det egna kapital som ställts till förfogande. Även om det var fråga om en faktisk fördel för delstaten till följd av samverkansvinster, skulle alla konkurrenter på grund av konkurrensen ha varit tvungna att "betala" delstaten en "ersättning" i form av

⁽³³⁾ Se fotnot 2, punkt 221.

sådana fördelar för det finansiella instrumentet förutom en rimlig ersättning för det tillhandahållna egna kapitalet. Kommissionen menar således att det vid eventuella synergieffekter inte handlar om någon ersättning som LBB betalat för överförandet av WBK.

(141) Skillnaden mellan den överenskomna ersättningen på ca 0,25 % per år och den rimliga ersättningen på 6,57 % per år

(för den del av IBB:s särskilda reserv som kan utnyttjas i den konkurrensutsatta verksamheten) resp. ersättningen på 10,19 % per år för WBK:s grundkapital samt 0,15 % per år (för den del av tillgångarna som liknar en bankgaranti) utgör sådant stöd som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

(142) Stödinslaget består således av följande:

Värde (miljoner DEM per årsslut)	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004 ⁽¹⁾	Summa	Summa €
1. IBB:s särskilda reserv	1 715,2	2 005,8	2 105,8	2 206,0	2 306,0	2 356,0	2 406,0	2 456,5	2 600,0	2 623,8	2 625,4	2 625,4		
Utnyttjande för investeringar	168,7	180,1	273,2	323,8	346,4	233,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
Återstående del av den särskilda reserven	1 546,5	1 825,7	1 832,6	1 882,2	1 959,6	2 122,4	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]		
Räntesats	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %		
Ersättning	101,6	119,9	120,4	123,7	128,7	139,4	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2. WBK:s grundkapital	187,5	46,9	46,9	46,9	46,9									
Räntesats	10,19 %	10,19 %	10,19 %	10,19 %	10,19 %									
Ersättning	19,1	4,8	4,8	4,8	4,8								38,2	19,5
Växelborgeavgift	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %		
Ersättning	0,253	0,270	0,410	0,486	0,520	0,350	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
3. Redan betald ersättning	0,0	0,0	0,0	1,2	3,4	3,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
4. Ersättning som återstår att betala	121,0	125,0	125,6	127,7	130,6	136,2	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	1 584,5	810,14

⁽¹⁾ 1.1.-31.8.2004. I anslutning därtill omvandling av 1,1 miljarder euro av IBB:s särskilda reserv till delstatens passiva ägarandel i LBB med marknadsmässig ersättning
Sedan den 1 januari 1999 omräknas DEM till kursen 1,95583 i euro. Uppgifterna i DEM skall omräknas till euro enligt detta.

(143) Då IBB skildes från LBB återbetalades per 1 september 2004 den särskilda reserven till delstaten Berlin, varvid ungefär 1,1 miljarder euro av dessa särskilda reserver överfördes till två passiva innehav som delstaten hade hos LBB. Därmed avslutades per 1 september 2004 det stöd som undersöks här.

2.c SNEDVRIDNING AV KONKURRENSEN OCH PÅVERKAN PÅ HANDELN MELLAN MEDLEMSSTATERNA

(144) Genom avregleringen av de finansiella tjänsterna och integrationen av de finansiella marknaderna har banksektorn inom gemenskapen blivit allt känsligare för snedvridningar av konkurrensen. Denna utveckling skärps nu ytterligare då den ekonomiska och monetära unionen genomförs, vilket innebär att de återstående konkurrenshindren på marknaderna för finansiella tjänster avskaffas.

(145) *Landesbank Berlin*, till vilken stödet riktade sig, är verksam inom branschen både regionalt och internationellt. LBB uppfattar sig som en universell affärsbank, som centralbank för sparbänkerna och bank för delstaten och kommunerna. Trots sitt namn, sina traditioner och sina lagstiftade uppgifter är LBB ingalunda bara en lokal eller regional bank.

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

(147) 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 sin affärsmässiga verksamhet om den har tillräckligt med godkänt eget kapital. Eftersom den statliga åtgärden gav LBB sådant eget kapital för kapitaltäckning påverkade det direkt bankens affärsmöjligheter.

(148) Därmed står det fast att stödet till LBB snedvrider konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna negativt.

3. ÅTGÄRDENS FÖRENLIGHET MED EG-FÖRDRAGET

(149) På grundval av redogörelsen ovan kan man konstatera att samtliga kriterier i artikel 87.1 i EG-fördraget är uppfyllda och att överföringen av WBK:s tillgångar följaktligen innehåller statligt stöd i den mening som avses i den nämnda artikeln. Utifrån detta måste man undersöka om stödet kan anses vara förenligt med den gemensamma marknaden. Det bör påpekas att Tyskland med avseende på eventuella inslag av stöd i samband med överföringen av tillgångarna inte åberopat någon undantagsbestämmelse.

(150) Ingen av undantagsbestämmelserna i artikel 87.2 i EG-fördraget är tillämplig. Stödet är inte av social karaktär och ges inte heller till enskilda konsumenter. Det används inte heller till att avhjälpa skador som orsakats av naturkatastrofer eller andra exceptionella händelser eller för att uppväga ekonomiska nackdelar som uppkommit genom Tysklands delning.

(151) 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. Inte heller har stödet till syfte att främja kultur och bevara kulturarvet.

(152) Eftersom LBB:s ekonomiska överlevnad inte stod på spel då åtgärden vidtogs, uppkommer inte frågan om ett sammanbrott för ett enstaka stort kreditinstitut i Tyskland som LBB kunde leda till en allmän kris inom banksektorn, vilket enligt artikel 87.3 b i EG-fördraget skulle kunna motivera stöd för att avhjälpa en allvarig störning i den tyska ekonomin.

(153) Enligt artikel 87.3. c i EG-fördraget kan stöd anses förenligt med den gemensamma marknaden om det underlättar utvecklingen av viss näringsverksamhet. Detta skulle i princip även kunna gälla omstruktureringsstöd inom banksektorn. I detta fall saknas dock förutsättningarna för att tillämpa denna undantagsbestämmelse. LBB klassificeras inte som ett företag i svårigheter, som genom statligt stöd skulle hjälpas att återställa sin lönsamhet.

(154) 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" ⁽³⁴⁾.

(155) Tyskland har inte gjort gällande att det, om LBB gynnades av överförandet av WBK:s tillgångar, bara handlar om en kompensation för de kostnader som uppstod då LBB utförde sitt offentliga uppdrag. Kommissionen menar att det är uppenbart att överförandet gjordes för att göra det möjligt för LBB att kunna klara de nya kraven på eget kapital, inte som kompensation för ett offentligt uppdrag.

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

⁽³⁴⁾ Denna rapport presenterades den 23 november 1998 för ekonomi- och finansministerrådet men har inte offentliggjorts. Den kan beställas från kommissionens generaldirektorat för konkurrens och på kommissionens webbplats på Internet.

4. INGET BEFINTLIGT STÖD

- (157) Överförandet av WBK:s tillgångar kan heller inte anses omfattas av de gällande stödbestämmelserna om institutionellt ansvar och garantiansvar.
- (158) För det första är inte det första villkoret uppfyllt. Enligt detta är det faktiska garantiansvaret en garanti gentemot fordringsägare, om bankens tillgångar inte längre räcker till. Kapitaltillskottet avser inte LBB:s fordringsägare och dessutom var inte LBB:s tillgångar uttömda.
- (159) För det andra kan inte heller institutionellt ansvar åberopas. Institutionellt ansvar kräver att de ansvariga skall förse LBB med de medel som krävs för att driva delstatsbanken, om de bestämmer att driva verksamheten vidare. När kapitalöverföringen gjordes var LBB inte alls i sådana svårigheter att det var omöjligt att driva verksamheten vidare. Kapitaltillskottet var alltså inte nödvändigt för att LBB skulle kunna fortsätta sin verksamhet. Den medvetna ekonomiska beräkning som delstaten i egenskap av delägare gjorde, innebar också att LBB kunde få vetskap om framtida marknadsmöjligheter inom sin konkurrensutsatta verksamhet. "Nödföreskriften" institutionellt ansvar är inte tillämplig på ett sådant normalt ekonomiskt avgörande för delstaten. I avsaknad av andra tillämpliga undantagsbestämmelser om stöd enligt artikel 87.1 eller 88.1 i EG-fördraget måste kapitalöverföringen därför betraktas som ett nytt stöd av det slag som avses i artiklarna 87.1 och 88.3 i EG-fördraget.

5. SLUTSATS

- (160) Det stöd som blir resultatet av överförandet av WBK/IBB per 1 november 1993 kan inte anses förenligt med den gemensamma marknaden vare sig enligt artikel 87.2, 87.3 eller någon annan bestämmelse i fördraget. Därför förklaras stödet vara oförenligt med den gemensamma marknaden och måste upphöra. Stödet skall återkrävas från Tyskland.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Det statliga stöd på 810,14 miljoner euro som Tyskland beviljade Landesbank Berlin – Girozentrale under tiden 1.1.1993-31.8.2004 är inte förenligt med den gemensamma marknaden.

Artikel 2

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

Artikel 3

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

Det stöd som skall återkrävas skall innefatta ränta, som skall betalas från det datum då det olagliga stödet ställdes till stödmottagarens förfogande till det datum då det har återbetalats.

Räntan skall beräknas på grundval av bestämmelserna i kapitel V i kommissionens förordning (EG) nr 794/2004 ⁽³⁵⁾.

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.

Utfärdat i Bryssel den 20 oktober 2004.

På kommissionens vägnar

Mario MONTI

Ledamot av kommissionen

⁽³⁵⁾ 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. Följande detaljuppgifter önskas om det olagliga stöd som har betalats till stödmottagaren:

Betalnings-datum (*)	Stödbelopp (*)	Valuta	Stödmottagarens namn och adress

(*) 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)

Kommentarer:

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

2. **Planerade och redan vidtagna åtgärder för att kräva tillbaka stödet**

2.1. Redogör noggrant för vilka åtgärder som planeras respektive redan vidtagits för att stödet skall betalas tillbaka omedelbart och effektivt. Ange också den nationella lagstiftningens eventuella alternativa åtgärder för att kräva tillbaka stödet. 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 (*)	Återbetalt belopp	Valuta	Stödmottagarens namn och adress

(*) Återbetalningsdatum

3.2. Bifoga handlingar som styrker att de belopp som anges i tabellen vid punkt 3.1 har betalats tillbaka.

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 20 oktober 2004

om ett stöd som Tyskland beviljat till förmån för Westdeutsche Landesbank – Girozentrale, numera WestLB AG

[delgivet med nr K(2004) 3925]

(Endast den tyska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2006/737/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR FATTAT DETTA BESLUT

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

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

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

av följande skäl:

I. FÖRFARANDE

1. FÖRVALTNINGSFÖRFARANDE

- (1) Genom en besvärsskrivelse av den 23 mars 1993 uppmanades kommissionen av *Bundesverband deutscher Banken e.V.* (nedan kallat BdB), som företräder 300 privata banker i Tyskland, att inleda förfarandet enligt artikel 226 i EG-fördraget mot Tyskland. Förbundet hävdade att den tyska tillsynsmyndigheten för kreditväsendet (*Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, BAKred*) överträtt artikel 4.1 i rådets direktiv 89/299/EEG av den 17 april 1989 genom att godkänna tillgångarna i *Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen* (nedan kallat "Wfa"), som slagits samman med *Westdeutsche Landesbank – Girozentrale* (nedan kallat "WestLB"), som del av WestLB:s kapitalbas.
- (2) Genom en skrivelse av den 31 maj 1994 underrättade BdB generaldirektorat IV, med ansvar för konkurrensfrågor, om överföringen av tillgångarna och hävdade att detta inneburit att konkurrensen snedvridits till förmån för WestLB. Den 21 december 1994 lämnade BdB in besvär och uppmanade kommissionen att inleda ett förfarande mot Tyskland enligt artikel 88.2 i EG-fördraget. I februari och i mars 1995 och i december 1996 anslöt sig tio banker till besvärsskrivelsen från deras centralorganisation.

- (3) För att kunna bedöma om överföringen av tillgångarna utgör ett statligt stöd begärde kommissionen genom skrivelser av den 12 januari, 9 februari, 10 november och 13 december 1993 samt av den 16 januari 1996 ytterligare upplysningar av de tyska myndigheterna. Dessa upplysningar lämnades genom skrivelser av den 9 februari och 16 mars 1993, 8 mars 1994, 12 april och 26 april 1996 samt den 14 januari 1997. Från olika berörda parter har ytterligare skrivelser och handlingar inkommit. Företrädare för kommissionen sammanträffade med företrädare för de tyska myndigheterna, för WestLB och för de andra delstatsbankerna samt den klagande vid ett flertal tillfällen under åren 1994 till 1997.

- (4) Efter detta informationsutbyte ansåg kommissionen det nödvändigt att inleda förfarandet enligt artikel 88.2 i EG-fördraget. Kommissionen fattade sitt beslut den 1 oktober 1997. I beslutet drog kommissionen slutsatsen att den ifrågasatta åtgärden sannolikt utgjorde stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget och att den behövde ytterligare upplysningar för att granska fallet. Det gällde framför allt uppgifter om de åtgärder genom vilka delstaten Nordrhein-Westfalen (nedan kallad delstaten) sett till att den på lämpligt vis får del av de extra vinster som kapitalökningen kan ge WestLB, uppgifter om effekterna av det överförda kapitalets bristande likviditet, effekterna av att delstatens inflytande i WestLB inte ökat, och effekterna av preferenskaraktären hos den fasta ersättningen. Eventuella andra faktorer som var av betydelse för att fastställa en rimlig ersättning och som därför behövde granskas var uppgifter om storleken på den del av Wfa-kapitalet som användes för att täcka bankens affärsverksamhet, om resten av Wfa-kapitalet som redovisades i WestLB:s balansräkning, om skattelättnaderna, om befrielsen från skulder, om WestLB:s lönsamhet och om de påstådda synergieffekterna.
- (5) Kommissionens beslut att inleda ett förfarande offentliggjordes i Europeiska gemenskapernas officiella tidning ⁽²⁾. Vid offentliggörandet uppmanade kommissionen berörda parter att inkomma med synpunkter. Kommissionen mottog synpunkter från WestLB (den 19 maj 1998), *Association Française des Banques* (den 26 maj 1998), *British Bankers' Association* (den 2 juni 1998) och BdB (den 4 juni 1998). Dessa synpunkter vidarebefordrades till Tyskland för

⁽¹⁾ EGT C 140, 5.5.1998, s. 9.⁽²⁾ Jfr fotnot 1.

yttrande genom en skrivelse av den 15 juni 1998. Efter förlängning av tidsfristen överlämnades detta yttrande den 11 augusti 1998.

- (6) Den 15 januari och den 16 september 1998 hölls möten med företrädare för BdB och den 9 september 1998 med företrädare för WestLB. Genom en skrivelse av den 22 september 1998 bjöd kommissionens avdelningar in de tyska myndigheterna, WestLB och BdB till ett gemensamt möte för att behandla olika aspekter på det föreliggande fallet. BdB överlämnade genom en skrivelse av den 30 oktober 1998 uppgifter till kommissionen. Mötet med de tre berörda parterna hölls den 10 november 1998. Därefter anmodade kommissionens avdelningar genom en skrivelse av den 16 november 1998 de tyska myndigheterna och BdB att lämna ytterligare upplysningar och handlingar.
- (7) BdB överlämnade efter förlängning av tidsfristen de begärda upplysningarna med en skrivelse av den 14 januari 1999. De tyska myndigheterna överlämnade efter förlängning av tidsfristen några upplysningar med skrivelser av den 15 januari 1999 och den 7 april 1999.
- (8) Eftersom de tyska myndigheterna ville hålla inne med vissa uppgifter till kommissionen förordnade kommissionen genom ett beslut av den 3 mars 1999, som delgavs Tyskland med en skrivelse av den 24 mars, att dessa upplysningar skulle lämnas. Den tyska regeringen rättade sig efter förlängd tidsfrist efter detta förordnande genom en skrivelse av den 22 april 1999.
- (9) Kommissionen har låtit genomföra en oberoende undersökning av storleken på den ersättning som delstaten Nordrhein-Westfalen hade bort begära för överföringen av Wfa till WestLB. Det konsultföretag som fick uppdraget deltog även i mötet med de tre berörda parterna den 10 november 1998 och lämnade sin rapport till kommissionen den 18 juni 1999. Den 8 juli 1999 offentliggjorde kommissionen beslut nr 2000/392/EG om den ifrågasatta stödåtgärden som Tyskland hade genomfört till förmån för Westdeutschen Landesbank Girozentrale (nedan kallat det ifrågasatta beslutet) ⁽¹⁾. Beslutet delgavs Tyskland den 4 augusti 1999 och Tyskland vidarebefordrade det till delstaten med en skrivelse av den 6 augusti 1999. Delstaten underrättade WestLB om beslutet med en skrivelse av den 9 augusti 1999, som ingångsregistrerades vid banken samma dag. Artiklarna 1, 2 och 3 i detta beslut hade följande ordalydelse:

”Artikel 1

Det statliga stöd som Tyskland beviljat Westdeutsche Landesbank Girozentrale till ett totalt belopp av 1 579 700 000 tyska mark (807 700 000 euro) under perioden 1992-1998 är oförenligt med den gemensamma marknaden.

Artikel 2

1. Tyskland skall vidta alla nödvändiga åtgärder för att från stödmottagaren återkräva det stöd som avses i artikel 1 och som olagligen ställts till förfogande.

2. Återkravet skall ske i enlighet med förfarandena i nationell lagstiftning. Till beloppet skall läggas ränta som beräknas på grundval av den referensränta som används vid beräkningen av bidragsekvivalenten inom ramen för regionalstöd och löper från och med den dag då stödet betalades ut till stödmottagaren till dess att det faktiskt återbetalas.

Artikel 3

Tyskland skall inom två månader från dagen för delgivningen av detta beslut underrätta kommissionen om de åtgärder som har vidtagits för att följa detta beslut.”

2. RÄTTSLIGT FÖRFARANDE

- (10) Den 12 oktober 1999 väckte WestLB och delstaten Nordrhein-Westfalen klagan mot beslutet inför EG:s förstainstansrätt. WestLB, delstaten och Tyskland som intervenient yrkade att det ifrågasatta beslutet skulle ogiltigförklaras och att kommissionen skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Delstaten yrkade även att BdB skulle bära sina egna kostnader. Kommissionen och BdB som intervenient yrkade på att de båda överklagandena skulle tillbakavisas som ogrundade och att de klagande skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna (BdB inbegrep därvid sina egna kostnader).
- (11) Tyskland väckte dessutom den 8 oktober 1999 klagan mot beslutet i fråga inför EG-domstolen, även här med yrkan om att beslutet skulle ogiltigförklaras och kommissionen förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Detta förfarande suspenderades dock på grund av den innehållsmässiga likheten med förfarandet inför förstainstansrätten.
- (12) Genom rättsens beslut den 22 augusti 2000 godkändes Tyskland som intervenient på sökandesidan och BdB som intervenient till stöd för kommissionen på svarandesidan. Genom rättsens beslut av den 11 juli 2001 förenades de båda målen till att bli föremål för ett gemensamt muntligt förfarande och en gemensam dom. Det muntliga förfarandet ägde rum den 5 – 6 juni 2002.
- (13) Den 6 mars 2003 meddelade förstainstansrätten sin dom ⁽²⁾ enligt vilken det ifrågasatta beslutet ogiltigförklaras, kommissionen förpliktas såväl att ersätta sökandenas som att bära sina egna rättegångskostnader och Tyskland och BdB förpliktas att bära sina egna respektive rättegångskostnader.
- (14) Rätten förklarade att kommissionens beslut var ogiltigt på grund av att det var bristfälligt motiverat i fråga om två faktorer som har legat till grund för beräkningen av den marknadsmässiga avkastningen. För det första ogiltigförklarades beslutet på grund av bristande motivering av att kommissionen vid beräkningen hade utgått från en grund-

⁽¹⁾ EGT L 150, 23.6.2000, s. 1.

⁽²⁾ Dom i förenade målen T-228/99 och T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale och delstaten Nordrhein-Westfalen mot kommissionen, REG 2003, II-435.

avkastning på 12 % per år (efter bolagsskatt och före investerarskatt) som ersättning för likvida aktiekapitaltillgångar. För det andra ogiltigförklarades beslutet på grund av bristande motivering av påslaget på denna ersättning, för vilket kommissionen hade fastställt en sats på 1,5 % per år (efter bolagsskatt och före investerarskatt). På alla övriga punkter bekräftade förstainstansrätten riktigheten i kommissionens beslut.

3. NYTT FÖRVALTNINGSFÖRFARANDE

- (15) Genom skrivelser av den 20 och den 29 januari, den 6 februari och den 28 maj 2004 anmodade kommissionen de tyska myndigheterna att tillhandahålla uppdateringar av de uppgifter som var av betydelse för beslutet. Efter förlängd tidsfrist överlämnades dessa uppgifter den 10 mars och den 14 juni 2004 samt muntligt den 28 juli 2004. En ytterligare inlägga i detta ärende från delstaten Nordrhein-Westfalen överlämnades den 26 augusti 2004. Genom en skrivelse av den 6 oktober 2004 överlämnade Tyskland fler efterfrågade upplysningar.
- (16) I juli 2004 nådde den klagande BdB, delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB AG en preliminär överenskommelse om den rimliga avkastningsnivån, som meddelades kommissionen den 19 juli 2004 och som enligt parternas mening tog hänsyn till båda de faktorer som förstainstansrätten hade haft invändningar mot gentemot kommissionen. Överenskommelsen överlämnades i sin slutliga lydelse till kommissionen den 13 oktober 2004.
- (17) I detta nya beslut har kommissionen i enlighet med förstainstansrättens domslut reviderat de båda punkter som hade kritiserats som bristfälliga (motiveringen av grundavkastningen och av det möjliga påslaget). På alla övriga punkter bibehåller kommissionen den bedömning av sakförhållandena som kom till uttryck i det ursprungliga beslutet. I det aktuella beslutet har dock resultaten av förhandlingarna mellan den klagande BdB och delstaten Nordrhein-Westfalen respektive WestLB AG om den rimliga avkastningsnivån beaktats. I det aktuella beslutet har även de uppdateringar införts som blivit nödvändiga på grund av den tid som förflutit sedan det första beslutet i fråga om förfarandet, företagets argument samt beräkningen av stödinslaget, inbegripet fastställandet av dagen för stödets upphörande. Nya sifferuppgifter som har överlämnats av Tyskland för de år som gått sedan det första beslutet offentliggjordes har infogats och några avsnitt som saknar betydelse för det nya beslutet har kortats ned.

II. DETALJERAD BESKRIVNING AV ÅTGÄRDERNA

1. WESTDEUTSCHE LANDESBANK – GIROZENTRALE (WESTLB)

- (18) Under den tidsperiod som är relevant för detta beslut från och med införlivandet av Wfa den 31 december 1991 fram till uppdelningen av WestLB den 1 augusti 2002, som innebar att det statliga stödet upphörde, var WestLB ett offentligrättsligt kreditinstitut enligt delstaten Nordrhein-Westfalens lagstiftning. Den 31 december 1991 uppgick dess godkända egna kapital till 5,1 miljarder mark. Genom lag hade banken

tilldelats tre uppgifter: För det första fungerade den som centralbank för de lokala sparbankerna i delstaten och från och med den 17 juli även för sparbankerna i delstaten Brandenburg. För det andra hade den hand om delstaternas och kommunernas finansiella verksamhet och uppfyllde därmed sina uppgifter som statlig och kommunal bank. För det tredje utövade den allmän bankverksamhet. Utan att det påverkade tillämpningen av delstatsrättsliga specialbestämmelser, stod WestLB genom lagen om kreditväsendet under bankinspektionens tillsyn.

- (19) WestLB var till 100 % i offentlig ägo. Delstaten innehade den största andelen av det nominella kapitalet (43,2 %). De andra andelsägarna var Landschaftsverband Rheinland och Landschaftsverbände Westfalen-Lippe (vardera 11,7 %) samt Rheinische och Westfälisch-Lippische Sparkassen- und Giroverband (vardera 16,7 %). Dessa ägarförhållanden förblev oförändrade under hela den relevanta tidsperioden mellan den 31 december 1991 och den 1 augusti 2002.
- (20) Som offentligrättsligt institut åtnjöt WestLB två slag av garantier från de offentliga ägarnas sida, dels "institutionellt ansvar" (*Anstaltslast*), dels "garantiansvar" (*Gewährträgerhaftung*). "Institutionellt ansvar" betyder att WestLB:s ägare är förpliktade att garantera institutionens ekonomiska bas och funktion under hela dess livstid. Denna garanti innebar inget ansvar för ägarna gentemot bankens fordringsägare, utan reglerade endast förhållandet mellan myndigheterna och banken. "Garantiansvar" innebär att ägarna ansvarar för bankens alla skulder som inte täcks av dess tillgångar. Garanten ansvarar gentemot bankens fordringsägare. Båda dessa garantier var obegränsade i tiden och till beloppet.
- (21) Ursprungligen var WestLB en regional institution som inriktade sig på att komplettera de lokala sparbankernas verksamhet. Dessa hade in sin tur ursprungligen främst en social funktion genom att de erbjöd finansiella tjänster på områden där marknaden fungerade otillräckligt. Sparbankerna hade dock sedan länge utvecklats till kreditinstitut med alla former av bankverksamhet. Detsamma gällde WestLB som under de senaste decennierna allt mer utvecklats till en oberoende affärsbank och under den tidsperiod som är relevant för beslutet var en stark konkurrent på de tyska och europeiska bankmarknaderna.
- (22) WestLB-koncernen hörde till de fem största tyska kreditinstituten mätt enligt dess balansomslutning. Koncernen erbjöd finansiella tjänster åt storföretag och offentliga institutioner och var verksam på de internationella kapitalmarknaderna, både för egen räkning och för andra emittenter. Liksom många andra tyska universalbanker ägde även WestLB andelar i finansiella institut och andra företag. En betydande del av dess affärsverksamhet ägde rum utanför Tysklands gränser.
- (23) På grund av särskilda rättsbestämmelser kunde WestLB fram till uppdelningen i augusti 2002 – till skillnad från privata banker, men i likhet med andra offentliga kreditinstitut – bedriva hypotekslåne- och sparkasseverksamhet inom samma

organisatoriska ram som för sina andra affärsverksamheter. Därför kunde man under den tidsperiod som är relevant för beslutet fram till uppdelningen räkna WestLB som en av de mångsidigaste bankerna i Tyskland.

- (24) Å andra sidan hade WestLB inget tätt kontorsnät för privatkunder. I detta marknadssegment drevs verksamheten av de lokala sparbankerna, för vilka WestLB fungerade som centralinstitut.
- (25) WestLB:s lönsamhet, mätt som vinst före skatt i procent av det egna kapitalet på koncernnivå, var i genomsnitt under de åtta åren före införlivandet av Wfa (1984-1991) högst 6,6 %, utan någon klar tendens till förbättring. I jämförelse med den genomsnittliga nivån i Tyskland liksom i övriga Europa kunde man beteckna detta resultat som ytterst svagt.
- (26) Mellan 1991, dvs. före kapitalöverföringen, och slutet av 2001, då den sista årsredovisningen före uppdelningen av banken gjordes, ökade WestLB-koncernen sin balansomslutning från drygt 270 miljoner till drygt 840 miljoner tyska mark, vilket är mer än en tredubbling.
- (27) Genom en lag av den 2 juli 2002 delades WestLB av delstaten Nordrhein-Westfalen från och med den 1 augusti 2002 (med retroaktiv effekt på balansräkningen från den 1 januari 2002) upp mellan ett offentligrättsligt moderbolag, Landesbank Nordrhein-Westfalen, och ett privaträttsligt dotterbolag, WestLB AG. Den konkurrensutsatta delen av verksamheten vid f.d. WestLB sammanfördes inom WestLB AG och dess offentliga verksamhet drevs vidare av Landesbank Nordrhein-Westfalen. WestLB AG är enligt tyska uppgifter rättsligt identisk med WestLB och skall anses som gäldenär för det sammanlagda stödåterkravet ⁽¹⁾. Wfa inordnades i samband med uppdelningen under Landesbank Nordrhein-Westfalen och har därmed avlägsnats från den konkurrensutsatta verksamheten inom WestLB AG. Genom bolagsordningen för Landesbank Nordrhein-Westfalen beslutades dessutom att kapitalet från Wfa inte skulle få användas för att täcka den bankens återstående hypotekslåneverksamhet och att en ersättning på 0,6 % per år därför skall betalas till delstaten för dess garantifunktion.

2. WOHNUNGSBAUFÖRDERUNGSANSTALT (WFA)

- (28) Wfa bildades 1957 och bedrev fram till den 31 december 1991 verksamhet som en offentligrättslig institution. Som sådan var Wfa en självständig juridisk person, med ett grundkapital på 100 miljoner mark (50 miljoner euro) och med delstaten som enda ägare. Enligt § 6.1 i Nordrhein-Westfalens tidigare lag om stöd till bostadsbyggandet ⁽²⁾ var

Wfa:s enda uppgift att främja bostadsbyggandet genom att bevilja lån med låg eller ingen ränta. På grund av sin allmännyttiga karaktär var institutionen befriad från bolags-, förmögenhets- och näringskatt.

- (29) I egenskap av offentligrättslig institution omfattades Wfa av "institutionellt ansvar" (*Anstaltslast*) och "garantiansvar" (*Gewährträgerhaftung*) från delstaten Nordrhein-Westfalens sida för samtliga sina skulder. Dessa garantier kvarstod oförändrade efter överföringen.
- (30) Den viktigaste finansieringskällan för stödet till bostadsbyggande var och är delstatens fond för bostadsbyggande (*Landeswohnungsbauvermögen*), som byggts upp genom ränteintäkter från bostadslån som Wfa beviljat och årliga tillskott av medel från delstatens budget. Denna fond, som enligt § 16 i den tidigare lagen om stöd till bostadsbyggande (*Wohnungsbauförderungsgesetz*) endast får användas för att finansiera bostadslån, stod den 31 december 1991 för 75 % av Wfa:s refinansiering, dvs. 24,7 miljarder tyska mark (12,6 miljarder euro).
- (31) Före överföringen garanterade Wfa de åtaganden som delstaten Nordrhein-Westfalen ingått om stöd till bostadsbyggande. Årligen omvandlades Wfa-garantin till fordringar på Wfa från delstatens sida till ett belopp motsvarande de skulder som delstaten betalat. Detta innebar en motsvarande minskning av värdet av delstatens bostadsbyggandefond. Dessa Wfa:s skulder skulle förfalla till betalning först då Wfa inte längre behövde ränteintäkterna och amorteringarna för att utföra sina offentliga uppgifter. I slutet av 1991 uppgick de till ca 7,4 miljarder mark (3,78 miljarder euro) och redovisades inte direkt i balansräkningen, utan endast "under strecket".

3. KRAV PÅ EGET KAPITAL ENLIGT KAPITALBASDIREKTIVET OCH KAPITALTÄCKNINGSDIREKTIVET

- (32) Enligt rådets direktiv 89/647/EEG ⁽³⁾ och kapitalbasdirektivet skall bankerna ha en kapitalbas motsvarande minst 8 % ⁽⁴⁾ av sina riskjusterade tillgångar och risktransaktioner

⁽¹⁾ Tysklands synpunkter av den 10 mars 2004, s. 2.

⁽²⁾ Lagen om stöd till bostadsbyggande (*Wohnungsbauförderungsgesetz*) i dess lydelse enligt kungörelsen av den 30 september 1979 (*Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen*, s. 630).

⁽³⁾ EGT L 386, 30.12.1989, s. 14, upphävd och ersatt genom direktiv nr 2000/12/EG, EGT L 126, 26.5.2000.

⁽⁴⁾ Kapitalbaskraven måste uppfyllas av kreditinstituten på konsoliderad, delvis konsoliderad och icke konsoliderad nivå.

utanför balansräkningen⁽¹⁾. Dessa direktiv gjorde det nödvändigt att ändra lagen om kreditväsendet (*Kreditwesengesetz*), vilket skedde den 1 januari 1992. De nya kraven trädde i kraft den 30 juni 1993⁽²⁾. Dittills hade kravet på de tyska kreditinstitutens kapitalbas uppgått till 5,6 % av deras riskjusterade tillgångar⁽³⁾.

- (33) Vad gäller den nya tröskeln på 8 % skall minst hälften av kapitalbasen bestå av "primärt kapital", som omfattar de kapitalposter som står till ett kreditinstituts förfogande för obegränsad och omedelbar användning till täckning av risker eller förluster när sådana uppkommer. Det primära kapitalet är av avgörande betydelse för en banks totala tillgång på eget kapital endast vad gäller tillsyn, eftersom "supplementärt kapital", dvs. ytterligare eget kapital av lägre kvalitet, endast godtas som täckning för en banks risktransaktioner till ett belopp som motsvarar bankens primära kapital.
- (34) Dessutom begränsas en banks stora enskilda exponeringar av storleken på dess kapitalbas. Vid tiden för överföringen av Wfa fick enligt lagen om kreditväsendet (§ 13) ett enstaka lån inte överstiga 50 % av ett kreditinstituts kapitalbas och det totala beloppet av lån som översteg 15 % av kapitalbasen inte uppgå till mer än åtta gånger kapitalbasen. Efter det att lagen om kreditväsendet ändrats 1994 för att anpassas till rådets direktiv 92/121/EEG⁽⁴⁾ har den största tillåtna enskilda exponeringen begränsats till 25 % av en banks kapitalbas och de sammanlagda stora exponeringarna, som överskrider 10 % av bankens kapitalbas, får inte uppgå till mer än åtta gånger den totala kapitalbasen⁽⁵⁾.
- (35) Dessutom begränsas innehav i andra kreditinstitut och banker av artikel 12 i rådets andra direktiv 89/646/EEG av den 15 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut, samt med ändring av direktiv 77/780/EEG⁽⁶⁾. Enligt en specialbestämmelse i lagen om kreditväsendet (§ 12), som inte grundar sig på EG-rätten, men som också återfinns i andra medlemsstater, är dessutom det totala beloppet av långsiktiga placeringar – däribland även ägarandelar i företag utanför den finansiella sektorn – begränsat till det totala beloppet av bankens eget kapital.
- (36) De tyska bankerna skulle anpassa sig till de nya kraven på kapitalbas senast den 30 juni 1993. Redan före genomförandet av kapitaltäckningsdirektivet i tysk lagstiftning hade många delstatsbanker, inklusive WestLB, relativt svaga kapitalbaser. Enligt beräkningar som tyska Bundesbank

utförde i december 1991 med tillämpning av direktivets bestämmelser, hade delstatsbankerna en genomsnittlig kapitaltäckningsgrad på 6,3 %, ett värde som enligt de nya kraven från och med den 30 juni 1993 måste uppgå till 8 %⁽⁷⁾. För dessa kreditinstitut var det därför absolut nödvändigt att stärka den egna kapitalbasen för att förhindra att deras expansion begränsades och för att överhuvudtaget kunna behålla sina befintliga affärsvolym. Om en bank inte kan visa att den har den kapitalbas som krävs, åläggs den av tillsynsmyndigheten att omedelbart vidta åtgärder för att följa bestämmelserna om kapitaltäckning, genom att antingen öka sitt supplementära kapital eller minska sina riskjusterade tillgångar.

- (37) Medan de privata bankerna var tvungna att skaffa sig de behövliga extra medlen på kapitalmarknaderna, stod denna väg inte öppen för de offentligt ägda bankerna eftersom deras offentliga ägare beslutat att inte privatisera dem, vare sig helt eller delvis. På grund av det ansträngda allmänna budgetläget kunde emellertid de offentliga ägarna inte heller tillföra nytt kapital⁽⁸⁾. I stället tillgrep man andra lösningar för att skaffa ytterligare eget kapital. För WestLB:s del beslutade delstaten Nordrhein-Westfalen att införliva Wfa i WestLB för att på så sätt öka bankens kapitalbas. Liknande transaktioner gjordes i en del andra delstater till förmån för respektive delstatsbank.

4. ÖVERFÖRINGEN OCH DESS EFFEKTER

a) ÖVERFÖRINGEN

- (38) Delstatsparlamentet i Nordrhein-Westfalen antog den 18 december 1991 lagen om stöd till bostadsbyggande (*Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung*)⁽⁹⁾. I artikel 1 i lagen förordnas om överföringen av Wfa till WestLB. Överföringen trädde i kraft den 1 januari 1992.
- (39) I motiveringen till lagen anges i första hand behovet att öka WestLB:s kapitalbas för att kreditinstitutet skall kunna uppfylla de strängare kapitaltäckningskrav som skulle gälla från och med den 30 juni 1993. Genom överföringen kunde ökningen genomföras utan att belasta delstatens budget. Som bieffekt nämndes den ökade effektivitet som uppnås genom att slå samman Wfa:s stöd till bostadsbyggande med WestLB:s.
- (40) I samband med överföringen upphävde delstaten Wfa:s garanti på ca 7,4 miljarder mark (3,78 miljarder euro) för delstatens skulder för införskaffande av kapital för stödet till bostadsbyggande (se punkt 2 i avsnitt II).

⁽⁷⁾ Monatsbericht der Deutschen Bundesbank, maj 1993, s. 49.

⁽⁸⁾ Se bl.a. publikation 11/2329 från Nordrhein-Westfalens Landtag.

⁽⁹⁾ Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung av den 18 december 1991 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen, nr 61 av den 30 december 1991, s. 561).

⁽¹⁾ I fortsättningen omfattar begreppet "riskjusterade tillgångar" alla riskutsatta och riskjusterade poster.

⁽²⁾ Egentligen borde de nya kapitaltäckningskraven ha trätt i kraft redan den 1 januari 1993. Ikraftträdandet försenades i Tyskland.

⁽³⁾ Detta procenttal hänförde sig dock till en snävare definition av kapitalbasen än den som ges i kapitalbasdirektivet.

⁽⁴⁾ EGT L 29, 5.2.1993, s. 1.

⁽⁵⁾ Det bör dock noteras att inte endast utlåningstaken utan även definitionerna av begreppen "kapitalbas" och "riskjusterade tillgångar" ändrades.

⁽⁶⁾ EGT L 386, 30.12.1989, s. 1.

- (41) WestLB blev Wfa:s efterträdare i rättsligt avseende, utom i fråga om garantin för stödet till bostadsbyggande, som upphävdes före överföringen. Wfa blev en organisatoriskt och ekonomiskt självständig offentligrättslig institution inom WestLB utan rättskapacitet. Wfa:s grundkapital och reserver måste tas upp i WestLB:s balansräkning som en särskild reserv (*Sonderrücklage*). Delstaten ansvarar på grund av sitt institutionella ansvar och garantiansvar fortfarande för Wfa:s skulder.
- (42) De tillgångar som överfördes, dvs. Wfa:s grundkapital, reserver, fonden för främjande av bostadsbyggande och andra fordringar samt framtida återbetalningar av bostadslån förblev även efter överföringen till WestLB enligt artikel 2 § 16.2 i den nämnda lagen förbehållna stödet till bostadsbyggande. I samma bestämmelse angavs att de överförda tillgångarna samtidigt skulle räknas som eget kapital enligt lagen om kreditväsendet (och följaktligen enligt kapitalbasdirektivet), vilket ligger till grund för beräkningen av en banks kapitaltäckningsgrad. Följaktligen täcker de även WestLB:s konkurrensutsatta verksamhet.
- (43) Med anledning av överföringen av tillgångarna ändrade WestLB:s ägare huvudavtalet och kom överens om att de för stöd till bostadsbyggande bestämda tillgångarna fortsättningsvis skulle upprätthållas, till och med om WestLB skulle ådra sig förluster som förbrukade det ursprungliga kapitalet. Wfa-kapitalet skulle internt tas i anspråk först efter WestLB:s övriga egna medel. I huvudavtalet preciserades det att det institutionella ansvaret för ägarna till WestLB även omfattade Wfa:s särskilda reserv. Om WestLB skulle likvideras skulle delstaten ha en prioriterad fordran på Wfa-kapitalet. Dessutom förklarades det att ökningen av WestLB:s kapitalbas genom införlivandet av Wfa utgjorde en ekonomiskt värdefull prestation från delstatens sida och att ägarna skall komma överens om den årliga ersättningen för denna så snart de första resultaten för räkenskapsåren från och med 1992 föreligger⁽¹⁾. Detta gjordes i en protokollsanteckning till huvudavtalet av den 11 november 1993. Trots denna interna överenskommelse för att säkra Wfa-tillgångarna och Wfa-kapitalets interna efterstäldhet, gör WestLB utåt ingen skillnad mellan Wfa:s funktion som institution för stöd till bostadsbyggande och dess funktion som tillhandahållare av eget kapital som garantikapital för WestLB. De tillgångar som överförts står i sin helhet och omedelbart till förfogande för WestLB eller vid eventuell konkurs för fordringsägarna.
- (44) I det förvaltningsavtal som träffats mellan delstaten och WestLB i anslutning till lagen om stöd till bostadsbyggandet sägs att WestLB skall använda den särskilda reserven som bas för sin egen affärsverksamhet endast i en sådan utsträckning att man kan garantera att Wfa:s lagstadgade uppgifter uppfylls.
- (45) Trots att Wfa förlorade sin juridiska självständighet då det blev en avdelning för stöd till bostadsbyggande inom WestLB och integrerades i dess räkenskaper, har Wfa inte införlivats med WestLB med avseende på driften. Wfa förblev bestående som en avskild enhet inom WestLB under namnet *Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen – Anstalt der Westdeutschen Landesbank Girozentrale*. Denna nya avdelning för stöd till bostadsbyggande inom WestLB ingår visserligen i WestLB:s räkenskaper, men har även en egen redovisning. WestLB:s förutvarande avdelning för stöd till bostadsbyggande har slagits samman med Wfa.
- (46) De överförda tillgångarna från Wfa i form av grundkapital, reserver, övriga tillgångar och framtida vinster förblir förbehållna stödet till bostadsbyggande och måste således förvaltas skilt från WestLB:s övriga affärsverksamhet. Detta särhållande av tillgångarna inom WestLB är samtidigt en förutsättning för att stödet till bostadsbyggandet även i fortsättningen skall behandlas som allmännyttig verksamhet enligt tysk skattelagstiftning. Eftersom de tyska myndigheterna antog att Wfa efter införlivandet faktiskt skulle förbli en allmännyttig institution, avskaffades inte de skatteundantag som nämns i punkt 2 i avsnitt II.
- (47) WestLB:s konkurrenter motsatte sig sammanslagningen av det monopolartade Wfa och WestLB också därför att det kunde befaras att WestLB skulle utnyttja information som hörde till bostadsstödsområdet för att vinna nya kunder på sina affärsmässiga verksamhetsområden. De behöriga myndigheterna åtog sig att se till att ingen snedvridning av konkurrensen skulle uppstå på grund av detta nära förhållande, framför allt genom att i fråga om personal, information m.m. skilja stödet till bostadsbyggande från WestLB:s kommersiella avdelningar⁽²⁾.
- (48) Med uppdelningen av WestLB den 1 augusti 2002 (med retroaktiv effekt på balansräkningen från den 1 januari 2002) genom delstaten Nordrhein-Westfalens lag av den 2 juli underordnades Wfa Landesbank Nordrhein-Westfalen och avlägsnades därmed åter från den konkurrensutsatta verksamheten som samlades inom WestLB AG.
- b) WFA:S VÄRDE
- (49) Det nominella värdet av de tillgångar i Wfa som den 31 december 1991 överfördes till WestLB uppgick till omkring 24,9 miljarder mark (12,73 miljarder euro), varav 24,7 miljarder mark (12,68 miljarder euro) utgjorde delstatens bostadsstödfond. Eftersom dessa finansiella medel användes för att finansiera bostadslån, som utgår med ingen eller låg ränta samt ofta med långa amorteringsfria perioder, måste dock detta belopp diskonteras kraftigt för att få fram det faktiska värdet.

⁽¹⁾ Enligt uppgift från den tyska regeringen är uttrycket "ekonomiskt värdefull prestation" vagt och det har senare preciserats.

⁽²⁾ Enligt § 13 lagen om överföringen skall Wohnungsbauförderungsanstalt genomföra sina uppgifter konkurrensneutralt. Hur detta skall gå till konkret är reglerat i avtal mellan WestLB och delstaten.

- (50) WestLB begärde ett expertutlåtande om värdet av Wfa:s tillgångar per den 1 januari 1992. Utlåtandet lämnades den 30 april 1992. Det bör noteras att denna beräkning av värdet gjordes först efter det att delstaten beslutat om överföringen av Wfa.
- (51) Beträffande beräkningsmetoden förklarade revisorerna att Wfa på grund av sin bestående förpliktelse att återinvestera alla framtida intäkter i bostadsbyggnadslån till låg eller ingen ränta i själva verket inte har något kapitalvärde. Denna förpliktelse skulle dock upphöra om Wfa såldes. Fördelarna för WestLB skulle för det första vara ökningen av dess kapitalbas och de möjligheter att utvidga affärsverksamheten som detta ger och för det andra den förbättrade kreditvärdigheten på grund av den betydande ökningen av det egna kapitalet. Eftersom WestLB inte får några fördelar av Wfa:s normala verksamhet måste Wfa:s värde beräknas på grundval av intäkten av en eventuell försäljning av Wfa – utan den förpliktelse till återinvesteringar som endast gäller internt inom WestLB. Tillgångarna måste följaktligen värderas med hänsyn till en normal avkastning, dvs. de skall diskonteras till ett värde som motsvarar vad som kan anses vara en normal marknadsavkastning på de nominella återflödena.
- (52) Revisorerna korrigerade värdet av olika tillgångs- och skuldposter i Wfa – värdet av bostadsbyggnadslånen som nominellt uppgick till 30,7 miljarder mark (15,7 miljarder euro) minskades till 13,5 miljarder mark (6,9 miljarder euro), vilket motsvarar en sänkning med 56 % – och kom fram till ett nettovärde för Wfa:s tillgångar på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro). Detta motsvarar en total diskontering på 76 % i förhållande till det dåvarande nominella värdet av Wfa:s tillgångar på 24,9 miljarder mark (12,7 miljarder euro). Efter denna korrigering av värdet infördes beloppet på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) i WestLB:s räkenskaper som "särskild reserv för främjande av bostadsbyggande (*Sonderrücklage Wohnungsbauförderungsanstalt*)".
- (53) Efter det att WestLB hade ansökt hos tillsynsmyndigheten *Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen* (BAKred) om att beloppet på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) skulle godtas som primärt kapital, gav BAKred ett annat revisionsföretag i uppdrag att fastställa värdet. Denna värdering var klar den 30 september 1992. I den värdering som gjordes för BAKred granskades den värdering som gjorts för WestLB med avseende på dess trovärdighet och dess metod accepterades. Men framför allt på grund av att man valde en annan diskonteringsränta och en avvikande behandling av förtida återbetalningar av lån, kom man fram till ett nettovärde av Wfa:s tillgångar på mellan 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) och 5,4 miljarder mark (2,76 miljarder euro).
- (54) På grundval av denna värdering godkände slutligen BAKred den 30 december 1992 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) som primärt kapital för WestLB enligt lagen om kreditväsendet. Det belopp som uppförts i WestLB:s

balansräkning som eget kapital - 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) – samt det belopp som godkänts som primärt kapital har inte ändrats sedan dess.

- (55) I båda dessa värderingar av de överförda tillgångarna utgick man från den situation som rådde efter upphävandet av Wfa:s ansvarsåtagande gentemot delstaten, som enligt värderingarna uppgick till omkring 7,3 miljarder mark (3,73 miljarder euro).
- c) EFFEKTER AV ÖVERFÖRINGEN AV WFA PÅ WESTLB
- (56) Den 31 december 1991 hade WestLB en godkänd kapitalbas på 5,1 miljarder mark (2,6 miljarder euro), varav 500 miljoner mark (260 miljoner euro) utgjordes av vinstandelsbevis (*Genußrechte*). Kapitaltäckningsgraden enligt lagen om kreditväsendet i dess lydelse före ändringen för att införliva EG:s bankdirektiv uppgick till ca 6,1 % och låg därmed 0,5 procentenheter över det vid den tiden i lag föreskrivna minimivärdet.
- (57) Eftersom BAKred godkände Wfa-tillgångarna som eget kapital för WestLB, ökade bankens kapitalbas till totalt 9,1 miljarder mark (4,65 miljarder euro), dvs. med 79 %. Med beaktande av att 100 miljoner mark (50 miljoner euro) av vinstmedel reserverats, ökade WestLB:s kapitalbas till 9,2 miljarder mark (4,7 miljarder euro) per den 31 december 1992. Med beaktande av Wfa:s kapital och riskjusterade tillgångar motsvarade detta en kapitaltäckningsgrad på 8,7 %.
- (58) Tabell 1: WestLB:s och Wfa:s kapitalbehov och kapitalbas (enligt uppgifter från de tyska myndigheterna)

(den 31 december)	i miljoner tyska mark	
	1991	1992
WestLB:s riskjusterade tillgångar (utan Wfa)	83 000	91 209
Wfa:s riskjusterade tillgångar	13 497	14 398
WestLB:s riskjusterade tillgångar (inkl. Wfa) (*)		105 607
Erforderlig kapitalbas för WestLB (**) (=a)	4 611	5 867
Erforderlig kapitalbas för WestLB utan Wfa (**) (=b)		5 067
WestLB:s kapitalbas (= c)	5 090	9 190
WestLB:s kapitalbas utan Wfa (= d)		5 190
Utnyttjande av WestLB:s kapitalbas (a/c)	91 %	64 %
Utnyttjande av WestLB:s kapitalbas utan Wfa (b/d)		98 %

(*) Överföringen av Wfa:s tillgångar skedde den 1 januari 1992.

(**) Enligt det dåvarande kravet på 5,6 %.

- (59) I denna kapitaltäckningsgrad på 8,7 % ingår en ökning av WestLB:s riskjusterade tillgångar som inte har anknytning

till stödet till bostadsbyggande från 8,2 miljarder mark (4,19 miljarder euro), eller 9,9 % under 1992. Om denna ökning hade skett utan överföringen av Wfa, skulle WestLB:s kapitaltäckningsgrad den 31 december 1992 ha minskat till 5,7 %, dvs. nästan till minimigränsen på 5,6 %.

bostadsbyggandet, skulle koncernens kapitaltäckningsgrad ha minskat till 5,3 % och därmed legat 0,3 procentenheter under den dåvarande minimigränsen.

- (60) Medan hela Wfa-kapitalet är förbehållet stödet till bostadsbyggande, behövs endast en del av Wfa:s kapitalbas enligt bestämmelserna om kapitaltäckningsgrad för att täcka de riskjusterade tillgångarna. Enligt uppgifter från de tyska myndigheterna behövdes för detta ändamål 1,5 miljarder mark (770 miljoner euro) då de nya kapitaltäckningskraven trädde i kraft. Det återstående beloppet på 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro) kunde WestLB följaktligen vid denna tid använda som eget kapital för att täcka sin konkurrensutsatta verksamhet.
- (61) För WestLB-koncernen var kapitaltäckningsgraden den 31 december 1991 5,8 %, vilket var 0,2 procentenheter över den dåtida minimikvoten. Ett år senare, efter det att BAKred godkände Wfa-kapitalet, uppgick denna kvot inklusive Wfa:s riskjusterade tillgångar till ca 8,1 %. Om kapitalöverföringen inte hade ägt rum och om koncernen inte heller, i motsats till vad som faktiskt skedde, hade ökat de risktillgångar som inte hade samband med stödet till
- (62) Den 30 juni 1993, då de nya kapitaltäckningskraven enligt kapitalbas- och kapitaltäckningsdirektiven gällde för de tyska kreditinstituten, uppgick koncernens kapitaltäckningsgrad (inklusive kapitaltäckningskraven på Wfa) enligt de nya bestämmelserna till 9 %, dvs. 1 procentenhet mer än minimikvoten (varav 6,3 procentenheter primärt kapital och 2,7 procentenheter supplementärt kapital). Utan tillskottet av eget kapital genom införlivandet av Wfa och utan risktillgångarna skulle koncernen den 30 juni 1993 haft en kapitaltäckningsgrad på ca 7,2 %. Kvoten på 9 % uppnåddes genom införskaffande av ytterligare supplementärt kapital i form av efterställda lån till ett belopp av 2,9 miljarder mark (1,48 miljarder euro) i början av 1993. WestLB skaffade under loppet av 1993 supplementärt kapital på sammanlagt 3,1 miljarder mark (1,59 miljarder euro). Det ledde till att koncernens kapitalbas enligt lagen om kreditväsendet till utgången av detta år ökade till 12,9 miljarder mark (6,6 miljarder euro). Kapitaltäckningsgraden var något lägre än den 30 juni 1993.
- (63) Tabell 2: WestLB-koncernens kapitalbehov och kapitalbas (enligt uppgifter från de tyska myndigheterna)

	<i>i miljoner tyska mark</i>										
(Medelvärden)	1992 (*)	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002 (#)
Balansomslutning	271 707	332 616	378 573	428 622	470 789	603 798	693 026	750 558	782 410	844 743	519 470
Riskjusterade tillgångar	126 071	120 658	151 482	156 470	173 858	204 157	259 237	[...]	[...]	[...]	[...]
Erforderligt primärt kapital (=a)	4 758	4 827	6 060	6 259	6 954	8 167	10 370	[...]	[...]	[...]	[...]
Erforderligt eget kapital totalt (=b)	9 351	9 653	12 119	12 517	13 908	16 333	20 739	[...]	[...]	[...]	[...]
Primärt kapital (=c)	5 117	8 818	9 502	9 769	9 805	10 358	11 378	[...]	[...]	[...]	[...]
Supplementärt kapital	500	2 495	4 513	4 946	5 270	7 094	10 170	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitalbas totalt (=d)	5 617	11 313	14 015	14 715	15 075	17 452	21 548	[...]	[...]	[...]	[...]
Utnyttjande av primärt kapital (=a/c)	93 %	55 %	64 %	64 %	71 %	79 %	91 %	[...]	[...]	[...]	[...]
Utnyttjande av kapitalbasen totalt (=b/d)	166 %	85 %	86 %	85 %	92 %	94 %	96 %	[...]	[...]	[...]	[...]

(*) Anomalierna för detta år beror på att Wfa-tillgångarna redovisades annorlunda i balansräkningen, definitionen av kapitalbasen ändrades liksom kapitaltäckningsgraden och på tidpunkten då BAKred godkände Wfa-kapitalet.

(#) Siffrorna hänför sig till WestLB AG, som 1992 övertog all konkurrensutsatt verksamhet från f.d. Westdeutsche Landesbank Girozentrale.

(*) Konfidentiella uppgifter har utelämnats i denna text och ersatts av [...].

- (64) I absoluta tal innebar det primära kapitalet på 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) en teoretisk möjlighet att med 72 miljarder mark (36,8 miljarder euro) utvidga affärsvolymen av tillgångar med 100 % riskvikt enligt lagen om kreditväsendet i dess tidigare version (kapitaltäckningsgrad på minst 5,6 %). Enligt den kapitaltäckningsgrad på minst 8 % som tillämpas sedan den 30 juni 1993 skulle det motsvarande beloppet uppgå till 50 miljarder mark (25,6 miljarder euro). Under antagande att WestLB-koncernens konkurrensutsatta affärsområde kunde förfoga över 2,5 miljarder tyska mark (1,28 miljarder euro) av Wfa-kapitalet, ökades dess utlåningskapacitet för lån med 100 % riskvikt med 31,3 miljarder tyska mark (16 miljarder euro).
- (65) I själva verket ökade den tillåtna kreditvolymen ännu mera, eftersom en banks tillgångar normalt inte är behäftade med 100 % risk. I slutet av 1993 uppgick WestLB-koncernens riskjusterade tillgångar (inklusive Wfa-verksamheten) till 148,6 miljarder mark (76 miljarder euro). Balansomslutningen uppgick till 332,6 miljarder mark (170,1 miljarder euro). Detta innebär en genomsnittlig riskvikt på 45 %⁽¹⁾. Med oförändrad riskstruktur och enligt den kvot på 8 % som anges i EU:s bankdirektiv var en total tillväxt (eller täckning för den befintliga affärsverksamheten) på omkring 69,4 miljarder mark (35,5 miljarder euro) möjlig med det disponibla primärkapitalet på 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro). Eftersom ökningen av det primära kapitalet gjorde det möjligt för WestLB att skaffa ytterligare supplementärt kapital (till samma belopp som det primära kapitalet) ökade bankens utlåningskapacitet indirekt ännu mer.
- (66) Ett flertal slutsatser kan dras. För det första skulle det utan en kapitalökning ha varit svårt för WestLB att hålla sig över den lägsta tillåtna kapitaltäckningsgraden enligt lagen om kreditväsendet i dess lydelse före anpassningen till EU:s bankdirektiv. För det andra skulle WestLB-koncernen utan överföringen av Wfa endast kunna uppfylla kravet på kapitaltäckningsgrad enligt kapitaltäckningsdirektivet genom att minska sina riskjusterade tillgångar eller genom att tillgripa andra källor till eget kapital (t.ex. upplösning av dolda reserver). Anskaffning av supplementärt kapital skulle endast ha varit en tillfällig lösning, eftersom storleken på detta kapital begränsas av storleken på det disponibla primära kapitalet. För det tredje översteg kapitalökningen tillsammans med det nya supplementära kapital som anskaffades 1993 det belopp som koncernen behövde för att uppfylla de strängare kapitaltäckningskraven enligt den ändrade lagen om kreditväsendet.
- (67) Vad gäller begränsningen av stora exponeringar enligt tillsynsreglerna, motsvarade taket på 50 % enligt den gamla versionen av lagen om kreditväsendet omkring 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro) innan Wfa-kapitalet godkändes. Efter det att Wfa-kapitalet godkändes och 100 miljoner mark (50 miljoner euro) av vinstmedel reserverats, steg detta tak till nästan 4,6 miljarder mark (2,35 miljarder euro). Taket på 15 % för enskilda stora exponeringar, som tillsammans inte får uppgå till mer än åtta gånger bankens egna kapital, motsvarade den 31 mars 1992 760 miljoner mark (390 miljoner euro). Ett år senare, dvs. efter det att Wfa-kapitalet hade godkändes, steg taket till nästan 1,4 miljarder mark (720 miljarder euro). WestLB:s utlåningskapacitet med avseende på stora krediter ökade med 32 miljarder mark (16,4 miljarder euro) till följd av överföringen av Wfa (dvs. med åtta gånger ökningen av kapitalbasen)⁽²⁾.
- d) ERSÄTTNING FÖR ÖVERFÖRINGEN AV WFA
- (68) Överföringen av Wfa medförde ingen ändring av WestLB:s ägarstruktur. Därför får delstaten Nordrhein-Westfalen ingen ersättning för det tillhandahållna kapitalet, vare sig som en större andel av utdelningarna eller i form av kapitalvinster av ägarandelar i WestLB.
- (69) På grund av överföringen av Wfa ändrades huvudavtalet mellan WestLB:s ägare. Enligt § 5.2 i avtalet utgör delstatens ökning av WestLB:s kapitalbas enligt ägarnas uppfattning en ekonomisk fördel för dem. Storleken på ersättningen för det tillhandahållna kapitalet skulle fastställas då de första resultaten av WestLB:s verksamhet under räkenskapsåret 1992 förelåg, dvs. en kort tid efter överföringen. I motiveringen till lagen om överföringen finns en liknande formulering beträffande värdet av överföringen och ersättningen.
- (70) Slutligen fastställdes ersättningen för det tillhandahållna kapitalet till 0,6 % per år. WestLB skall betala denna ersättning med beskattade vinstmedel, vilket innebär en kostnad för WestLB före skatt på ca. 1,1 %⁽³⁾. Ersättningen skall endast betalas om banken går med vinst.
- (71) Grunden för ersättningen är det primära kapital som BAKred godkänt, dvs. 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro). Ersättningen betalas endast för den del av detta kapital som Wfa inte behöver för att täcka sin verksamhet för stöd till bostadsbyggande. Denna del, som står till WestLB:s förfogande för att täcka dess affärsverksamhet, uppgick till 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro) efter det att de nya kapitaltäckningskraven trätt i kraft och har sedan dess ökat⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Det bör påpekas att de nya bestämmelserna inte endast ändrat kvotdelen utan även definitionerna av begreppen "kapitalbas" och "riskjusterade tillgångar".

⁽³⁾ Enligt en undersökning, framlagd av den tyska regeringen, av den ersättning som WestLB betalat uppgick bolagsskatten till och med 1993 till 46 % och därefter till 42 %. Till detta kom ett solidaritetspåslag (Solidaritätszuschlag) på 3,75 % år 1992, 0 % 1993 och därefter 7,5 %.

⁽⁴⁾ Då det nedan talas om det belopp för vilket ersättningen skall betalas är det för tydlighetens skull alltid fråga om situationen vid utgången av 1993, dvs. skillnaden mellan 1,5 miljarder mark (770 miljoner euro) och 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro), oberoende av den omständigheten att skillnaden mellan det kapital som är förbehållet Wfa-verksamheten och det som står till förfogande för WestLB ändras över tiden.

⁽¹⁾ I denna beräkning ingår inte risktransaktioner utanför balansräkningen.

- (72) Tabell 3: Den särskilda reserven för stöd till bostadsbyggande och Wfa:s kapitalbasbehov (enligt uppgifter från de tyska myndigheterna)

i miljarder tyska mark

(den 31 december)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Särskild reserv för stöd till bostadsbyggande	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900
varav godkänt primärt kapital	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000
för Wfa:s byggnadslån	1 668	1 490	1 181	952	892	888	887	[...]	[...]	[...]	[...]
för WestLB	13 (*)	2 510	2 819	3 048	3 108	3 112	3 113	[...]	[...]	[...]	[...] ^(#)

(*) Eftersom BAKred godkände Wfa-kapitalet först den 30 december 1992 stod kapitalandelen på 2,332 miljarder mark (1,2 miljarder euro) till WestLB:s förfogande under endast två dagar. Detta ger för WestLB ett disponibelt kapital till ett belopp av i genomsnitt 13 miljarder mark (7 miljarder euro).

(#) Eftersom Wfa-kapitalet från den konkurrensutsatta verksamheten på grund av uppdelningen av West LB endast stod till förfogande fram till den 1 augusti 2002 skall skillnaden på [...] mellan det totala godkända primära kapitalet på [...] och det belopp på 632 miljarder mark som var bundet genom Wfa multipliceras med faktorn 7/12. WestLB förfogar följaktligen över ett disponibelt kapital för konkurrensutsatt verksamhet som uppgår till [...].

III. SYNTPUNKTER FRÅN BERÖRDA PARTER

1. BDB:S KLAGOMÅL OCH SYNTPUNKTER

- (73) Enligt BdB:s uppfattning är tillämpningen av den marknads-ekonomiska investeringsprincipen inte begränsad till företag som går med förlust eller är i behov av sanering. En investerare som följer denna princip styrs i sitt placeringsbeslut inte av frågan om företaget överhuvudtaget är lönsamt, utan han undersöker om avkastningen motsvarar den normala avkastningen på marknaden. Om kapitaltillskott av offentliga medel skulle granskas ur stödrättslig synvinkel endast då det är fråga om företag som går med förlust, skulle detta leda till att privata företag hamnade i ett sämre läge, vilket är oförenligt med artikel 86.1 i EG-fördraget.

- (74) Artikel 295 i EG-fördraget kan inte heller tillämpas för att undanta överföringen av Wfa:s tillgångar från tillämpningsområdet för konkurrensrätten. Ur denna artikel kan man i bästa fall härleda att delstaten har rätt att bilda en sådan särskild fond. Så snart denna övergår till ett företag med affärsmässig verksamhet måste dock konkurrensreglerna tillämpas.

a) RIMLIG ERSÄTTNING FÖR KAPITALET

- (75) BdB hävdade att det godkända primära kapitalet på 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro), precis som allt annat primärt kapital, kan användas för att täcka affärsverksamheten samtidigt som det likaså, precis som allt annat primärt kapital, kan användas för att skaffa supplementärt kapital för kapitaltäckning. På det sättet har delstaten gjort det möjligt för WestLB, som verkar med en ytterst knapp kapitalbas, att inte endast undgå tvånget att begränsa sin affärsverksamhet, utan till och med att utvidga sin riskverksamhet. Det belopp varmed kapitalbasen överstiger det faktiska behovet av eget kapital

påverkar dessutom bankens finansieringskostnader på kapitalmarknaderna. En privat investerare i en marknads-ekonomi skulle enligt BdB:s uppfattning inte tillföra sitt företag något kapital om företagets ekonomiska resultat under flera år varit permanent svagt och ingenting tyder på en betydande förbättring, dvs. att det inte finns några tecken på att en högre avkastning kan förväntas i framtiden.

i. Avkastningens storlek

- (76) BdB framhävde att WestLB var i trängande behov av primärt kapital och att banken genom överföringen av Wfa närapå fördubblade sitt primära kapital, från 4,7 miljarder mark (2,4 miljarder euro) till 8,7 miljarder mark (4,45 miljarder euro). Med beaktande av WestLB:s svaga lönsamhet vid denna tid skulle ingen privat investerare ha tillfört banken ett så betydande belopp av eget kapital. För att tillhandahålla kapital under dessa förutsättningar skulle en privat investerare ha krävt ett påslag på minst en halv procentenhet utöver den normala avkastningen på aktiekapital. Enligt uppgift från BdB uppgick WestLB:s lönsamhet under de tio åren före överföringen till i genomsnitt 5,6 % före skatt. För de privata tyska storbankerna ligger motsvarande värden mellan 12,4 % och 18,6 %, med ett medelvärde på 16,8 % (före skatt) under den ifrågasvarande tidsperioden. Andra delstatsbanker har uppnått en lönsamhet på 9-11 %. BdB har lagt fram en beräkning av avkastningen på eget kapital i tyska banker, som gjorts av ett externt konsultföretag för BdB:s räkning.

- (77) Beträffande den lämpliga metoden att beräkna ett jämförelsetal för lönsamheten, ansåg BdB att den historiska avkastningen skall beräknas som det aritmetiska och inte det geometriska medelvärdet (*Compound annual growth rate*). Den senare metoden utgår från att investeraren återinvesterar utdelningarna och inkluderar på så sätt de extra beloppen i beräkningen. Hur utdelningarna placeras kan

- dock inte påverka det ursprungliga placeringsbeslutet, utan bör ses som ett nytt, skilt placeringsbeslut. Därför måste man använda en metod med ett aritmetiskt medelvärde.
- (78) Om däremot metoden med "*Compound annual growth rate*" tillämpas, uppgår den genomsnittliga avkastningen efter skatt för några privata tyska storbanker under åren 1982-1992 till 12,54 %. Vid beräkningen av detta värde har BdB enligt egen uppgift beaktat alla möjliga innehavsperioder för placeringar och försäljningar mellan 1982 och 1992 för att undvika snedvridningar som kunde uppstå om endast ett år togs som basår och detta år uppvisade ovanligt höga eller låga aktiekurser. Beaktande av flera olika innehavsperioder syftar till att utjämna svängningar på aktiemarknaden. BdB hävdade att de motsvarande värdena för WestLB är för låga, eftersom intäkter av avyttringar av aktieteckningsrätter inte beaktats.
- (79) Beträffande "*Capital asset pricing model*" (CAP-modellen) som hänvisas till i WestLB:s centrala utlåtande för att motivera kapitalersättningen på 0,6 % har BdB lagt fram ett eget externt utlåtande. I denna undersökning kommer man fram till en avkastning på eget kapital på 12,21 % (med tillämpning av den normala riskpremien på den tyska marknaden under perioden 1982-1991) respektive 14,51 % (under förutsättning av en högre förväntad riskpremie), vilket överstiger det värde som WestLB angett. Skillnaden kan förklaras med två olika faktorer. För det första tillämpade BdB en högre riskpremie för eget kapital (3,16 % respektive 5 %). För det andra tillämpar BdB ett högre beta-värde för kreditinstitut (1,25 %). Den riskfria grundräntesatsen är densamma som i WestLB:s kalkyl. Med beaktande av de olika metoderna för att beräkna avkastningen på eget kapital anger BdB slutligen ett värde på 14-16 % som den normalt förväntade avkastningen på eget kapital.
- (80) Vidare förklarade BdB att en privat minoritetsägare inte skulle tillföra något extra kapital utan att kräva att hans andel av företaget ökas. Endast på så sätt kan han få en motsvarande andel av företagets vinst och större inflytande på företaget.
- (81) BdB framhöll att överenskommelsen mellan WestLB:s aktieägare, enligt vilken Wfa-kapitalet endast skulle utgöra ett efterställt garantikapital i förhållande till WestLB:s övriga garantikapital, i realiteten är verkningslös, eftersom delstaten redan på grund av sitt institutionella ansvar är skyldig att tillföra WestLB kapital om banken råkar i svårigheter. På så sätt garanterar delstaten som ägare av WestLB inte endast bankens samtliga skulder, utan dessutom även det egna kapital som den själv tillfört från Wfa utan att få någon ersättning för detta. Det innebär att en minskad risk för det överförda kapitalet mycket väl kan vara resultatet av en större risk för delstaten som aktieägare i WestLB. Wfa-tillgångarnas riskprofil skiljer sig följaktligen inte från den som kännetecknar normalt eget kapital.
- (82) Beträffande den jämförelse med olika instrument för eget kapital på de finansiella marknaderna som Tyskland och WestLB fört fram i sin argumentation, förklarade BdB att vinstandelsbevis och "*cumulative perpetual stock*" inte kan jämföras med Wfa-tillgångarna. För det första godtas de inte som primärt kapital (*cumulative perpetual stock* har i Tyskland ännu inte ens godtagits som supplementärt kapital). På grund av sin egenskap som primärt kapital gjorde Wfa-tillgångarna det möjligt för WestLB att ytterligare öka sin kapitalbas genom anskaffning av supplementärt kapital. För det andra är de nämnda instrumenten begränsade i tiden och vinstandelsbevis förlorar sin egenskap av supplementärt kapital två år innan de förfaller. WestLB har däremot obegränsad tillgång till Wfa-tillgångarna. För det tredje utgör dessa instrument normalt endast en begränsad del av en banks kapitalbas och förutsätter en betydande andel primärt kapital. För det fjärde kan kapitalmarknadsinstrument handlas på marknaderna, vilket innebär att investerare kan avsluta sina placeringar när de vill. Delstaten har inte denna möjlighet. Som kompensation för att ha förlorat dessa affärsmöjligheter skulle en privat investerare begära ett påslag på minst 0,5 procentenheter på den normala avkastningen.
- (83) BdB har även lämnat uppgifter till kommissionen om strukturen på några privata tyska storbankers kapitalbas och deras kapitaltäckningsgrader från 1990 och framåt. Av dessa uppgifter framgår att de tyska bankerna under början av 1990-talet inte hade några hybridinstrument i sina primära egna medel (eller att de åtminstone inte utnyttjade sådana). Vidare framgår det att kreditinstitutens kapitaltäckningsgrader i allmänhet låg klart över det erforderliga minimivärdet på 4 % för primärt kapital och 8 % för den totala kapitalbasen.
- (84) BdB tog även upp huvudavtalet mellan WestLB:s andelsägare, enligt vilket Wfa-tillgångarna endast skulle utgöra ett efterställt garantikapital i förhållande till WestLB:s övriga garantikapital. Eftersom uttrycket "övriga garantikapital" även refererar till eget kapital i form av vinstandelsbevis och efterställda lån och därmed försämrar deras kvalitet är avtalet till skada för tredje man ("*Vertrag zu Lasten Dritter*") och därför ogiltigt. Risker för den särskilda Wfa-reserven är därför större än för vinstandelsbevis och efterställda lån.
- (85) Av alla dessa skäl antar BdB att den ersättning på 0,6 % som WestLB betalar inte utgör en marknadsmässig förräntning. Med beaktande av den omständigheten att WestLB måste skaffa likvida medel för att fullt ut kunna utnyttja Wfa-tillgångarna och att ingen andel i reservens tillväxt gavs, eftersom delstatens andel i WestLB inte utökades, antog BdB att en räntesats på 14-17 % skulle vara korrekt. Denna ersättning borde betalas för hela det godkända beloppet på 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro).

ii. Likviditetsnackdelar

- (86) I sin besvärsskrivelse godtog BdB att det förelåg "likviditetsnackdelar", vilket innebar att omkring 7 procentenheter borde dras av från kapitalersättningen. Men eftersom kapitalbasen även tjänade till att täcka transaktioner utanför balansräkningen, för vilka inga likvida medel krävdes, borde dock detta avdrag på 7 procentenheter minskas.
- (87) I sina kommentarer till kommissionens beslut att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget anför BdB att "likviditetsnackdelar" inte bör beaktas vid beräkningen av den rimliga avkastningen på Wfa-tillgångarna. Den förmenta likviditetsnackdelen har redan kompenserats genom diskontering av Wfa-tillgångarna till ett kontantvärde av 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro). En del bankverksamheter, t.ex. garantier, kräver dessutom överhuvudtaget ingen likviditet. Om några nackdelar således över huvud taget skall beaktas, kan endast ett litet avdrag på 2,7 procentenheter komma i fråga, för att kompensera för det faktum att Wfa-kapitalet inte är bundet till lönsamma affärsområden. För att styrka detta yrkande lade BdB fram ett utlåtande från en extern expert.
- (88) BdB påpekar även att WestLB i vilket fall som helst överskattat refinansieringskostnaderna då de angett dem till 7,5 %. Enligt en undersökning av de genomsnittliga marknadsräntorna för refinansieringsinstrument under de enskilda åren och i enlighet med WestLB:s balansstruktur bör den faktiska refinansieringsräntan för WestLB på marknaderna under åren 1992-1996 antas ha varit i genomsnitt mellan 6,07 och 6,54 %. BdB har även överlämnat uppgifter till kommissionen om refinansieringskostnaderna för några privata tyska storbanker vid tiden för överföringen av Wfa. Dessa värden var betydligt lägre än de 7,5 % som WestLB i en tidigare fas av förfarandet uppgett som en rimlig refinansieringskostnad. Här bör man enligt BdB:s uppfattning skilja mellan kostnader före och efter skatt. Refinansieringskostnader minskar den beskattningsbara vinsten. Om refinansieringskostnaderna skall beaktas, bör refinansieringsräntan beräknas efter skatt.

iii. Kapitalbas för beräkning av ersättningen

- (89) Som redan nämnts menade BdB att den rimliga ersättningen borde betalas ut för hela det belopp som godkänts som primärt kapital, dvs. 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro). I sina synpunkter hävdade BdB dock även att inte endast detta belopp, som BAKred godkänt som primärt kapital, är till nytta för WestLB, utan även det återstående beloppet på 1,9 miljarder mark (970 miljoner euro). Detta belopp kan visserligen inte användas för att täcka affärsverksamhet, men det redovisas ändå i balansräkningen som eget kapital. Kreditvärderingsföretag och investerare ser inte på det godkända primära kapitalet, utan på hela det egna

kapital som redovisas i balansräkningen, eftersom detta ligger till grund för de i branschen gängse uppskattningarna av de medel som står till förfogande för att täcka förluster. Det innebär att beloppet ökar WestLB:s kreditvärdighet för vilket en ersättning jämförbar med en garantiavgift bör betalas.

iv. Synergieffekter

- (90) Enligt BdB är de påstådda synergieffekterna inte den egentliga anledningen till överföringen av tillgångarna. Det framgår också tydligt av att åtgärden i lagen om överföringen motiveras med nödvändigheten att stärka WestLB:s konkurrensposition och att man avtalat om att betala en ekonomisk ersättning.
- (91) Dessutom frågar BdB hur synergieffekterna skall kunna uppnås om Wfa:s och WestLB:s respektive affärsmässiga verksamheter ekonomiskt, organisatoriskt och personellt skall hållas isär från varandra såsom anges i de tillämpliga rättsliga bestämmelserna. Om det skulle uppstå synergieffekter i Wfa:s verksamhet, skulle detta minska kostnaderna för stödet till bostadsbyggande, som dock inte skulle kunna betraktas som en ersättning som delstaten får från WestLB.

b) SKATTEASPEKTER

- (92) BdB förklarar att Wfa-tillgångarna även efter överföringen är befriade från bolags-, förmögenhets- och näringskatt. Skattebefrielse för offentligrättsliga kreditinstitut är dock berättigade endast då dessa institut enbart bedriver allmännyttig verksamhet och i den mån de inte konkurrerar med privata, skattskyldiga institut.
- (93) BdB anför att en normal bank som ökar sitt kapital måste betala 0,6 % förmögenhetsskatt och 0,8 % näringskatt årligen för det nya kapitalet. WestLB har därför fått en bättre ställning än andra banker. Befrielsen från bolagsskatt gynnar indirekt WestLB. Att staten avstår från skatteintäkter utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

c) AVSKRIVNING AV SKULDER

- (94) Före överföringen avskrevs skulder som Wfa hade till delstaten till ett belopp av 7,3 miljarder mark (3,77 miljarder euro). Delstaten avstod från detta ansvarsåtagande från Wfa:s sida utan att begära någon ersättning av Wfa eller WestLB. En privat investerare i en marknadsekonomi skulle kräva en ersättning för detta. Att delstaten avstod från ansvarsåtagandet var en avgörande förutsättning för att den tyska tillsynsmyndigheten för kreditväsendet (*Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen*, BAKred) skulle godkänna beloppet på 4 miljarder mark (2,5 miljarder euro) som primärt kapital. På så sätt fick WestLB en direkt fördel av skuldavskrivningen.

2. SYNPKTER FRÅN ANDRA BERÖRDA PARTER

(95) Förutom WestLB och BdB yttrade sig två andra berörda parter om kommissionens beslut att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget.

a) ASSOCIATION FRANÇAISE DES BANQUES

(96) Den franska bankföreningen Association Française des Banques förklarar att tillskottet av eget kapital till WestLB, för vilket endast en obetydlig ersättning krävs, och delstatens permanenta garanti för banken lett till snedvridningar av konkurrensen till skada för franska kreditinstitut. Eftersom WestLB:s ägare krävde en avkastning på det egna kapitalet som var klart lägre än den marknadsmässiga nivån, kan WestLB erbjuda sina tjänster till priser som är lägre än kostnaderna (dumpning). På grund av garantiansvaret har WestLB kreditbetyget "AAA", vilket innebär att banken kan sköta sin refinansiering på marknaderna till mycket förmånliga villkor.

(97) Denna fördel för WestLB missgynnar franska banker med verksamhet i Tyskland. Samtidigt kan WestLB på grund av dessa särskilda omständigheter utvidga sin affärsverksamhet i Frankrike, framför allt på området för kommunal finansiering. Konkurrensen i banksektorn har blivit snedvriden i Tyskland, Frankrike och andra medlemsstater.

b) BRITISH BANKERS' ASSOCIATION

(98) Den brittiska bankföreningen (*British Bankers' Association*) förklarar att WestLB är en aktiv konkurrent till icke-tyska banker inom Tyskland och på hela den europeiska marknaden. Stöd till förmån för WestLB snedvrider därför handeln inom gemenskapen. Kommissionen uppmanas att skapa respekt för den inre marknadens principer och att inte undanta offentligt ägda banker från konkurrensreglerna i fördraget.

3. SYNPKTER FRÅN WESTLB

(99) Efter det att kommissionens beslut att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget offentliggjorts överlämnade WestLB som sitt yttrande en kopia av Tysklands synpunkter i samma ärende och förklarade att banken till fullo instämmer i dessa synpunkter. Tysklands argument är därför i allmänhet representativa även för WestLB:s ståndpunkt, som därför endast skall refereras i korthet här.

a) ALLMÄNNA SYNPKTER FÖR ÖVERFÖRINGEN AV TILGÅNGARNA

(100) Enligt WestLB:s uppfattning kan den marknadsekonomiska investeringsprincipen inte tillämpas på ekonomiskt sunda och lönsamma företag. Detta har bekräftats av EG-domstolen. Domstolen tillämpar denna princip endast då det ifrågasättande företaget vid tiden för investeringsbeslutet redan sedan en längre tid gjort stora förluster och är verksamt i en sektor med strukturell överkapacitet. I EG-domstolens rättspraxis finns inget stöd för att tillämpa principen på ekonomiskt sunda och lönsamma företag.

(101) På grund av Wfa:s särskilda uppgift kan dess tillgångar inte jämföras med normalt eget kapital. Införlivandet av Wfa-tillgångarna, som inte kan användas på något annat sätt, i WestLB innebar ur ekonomisk synvinkel den mest rationella användningen av dessa tillgångar. Genom överföringen av tillgångarna optimerade delstaten användningen av de tillgångar som var förbehållna stöd till bostadsbyggande. En privat ägare skulle ha förfarit på precis samma sätt.

(102) Enligt WestLB:s uppfattning skulle en ökning av delstatens andel i samband med överföringen av tillgångarna inte endast ha varit onödig, utan även oförenlig med Wfa-tillgångarnas särskilda riskprofil. Eftersom den inte medfört någon ökad likviditet kan införlivandet inte jämföras med andra former av kapitaltillskott. Det finns även andra typer av instrument för eget kapital på marknaden som inte medför rösträtt.

(103) Eftersom ersättningen till delstaten är rimlig, kan man inte begära någon ökning av WestLB:s lönsamhet. Det är inte heller klart varför en privat investerare i en marknads ekonomi skulle kräva en viss vinstnivå då han investerar i ett lönsamt företag. Eftersom WestLB hittills gått med vinst finns det heller inget behov av någon omstruktureringssplan. EG-domstolen kräver en sådan plan endast då det är fråga om omstruktureringssöd till företag som går med förlust.

b) RIMLIG ERSÄTTNING FÖR KAPITALET

(104) Enligt WestLB:s uppfattning är storleken på den ersättning som betalas för Wfa-tillgångarna rimlig. Som stöd för sin uppfattning har WestLB lagt fram ett utlåtande från en investmentbank, som den gett i uppdrag att värdera ersättningen. I expertutlåtandet jämförs Wfa-tillgångarnas riskprofil med andra former av eget kapital. Resultatet är att en rimlig ersättning för den särskilda Wfa-reserven ligger på 0,9-1,4 %. Det motsvaras av att WestLB har kostnader för användning av Wfa-tillgångarna på 1,1 % (före skatt). WestLB framhåller att ett fullt utnyttjande av Wfa-tillgångarna kräver ytterligare refinansieringskostnader, som i de olika dokumenten anges till 7,5-9,3 %.

(105) WestLB hävdar även att de siffror om de tyska bankernas avkastning på eget kapital som BdB lagt fram av olika skäl inte är korrekta. Den investeringsperiod som BdB utgått från i sin beräkning leder på grund av den speciella kursutvecklingen på börserna till särskilt höga avkastningsvärden. Det aritmetiska medelvärdet som BdB anför ger felaktiga resultat. I stället borde man ha använt sig av det geometriska medelvärdet ("*Compound annual growth rate*"). BdB inbegriper i sin kalkyl investeringsperioder som är irrelevanta för ett investeringsbeslut under 1992, och på grund av att alla möjliga innehavsperioder beaktas kommer enskilda år att räknas flera gånger. De kreditinstitut som BdB tar upp för att beräkna den genomsnittliga avkastningen på eget kapital för tyska storbanker kan inte

jämföras med WestLB eftersom deras kärnverksamheter skiljer sig från varandra. Om man utgående från alla dessa faktorer justerar den genomsnittliga avkastning på 16,6 % som BdB nämner kommer man fram till ett värde på 5,8 %.

c) SYNERGIEFFEKTER

- (106) Enligt WestLB medförde införlivandet av Wfa i WestLB betydande kostnadsbesparingar för Wfa. Under de första två åren kunde man minska Wfa-personalen (tidigare 588 personer: personalen i "gamla Wfa" och de anställda i WestLB:s avdelning för bostadsbyggande, vars kostnader Wfa stod för före överföringen) med 53 personer. Under de första åren gav införlivandet upphov till årliga samverkansvinster på 13 miljoner mark (7 miljoner euro). Personalminskningen skulle fortsätta i en takt som innebar att besparingarna från och med 1997 förväntades öka till omkring 25 miljoner mark (13 miljoner euro) per år. Dessa belopp användes uteslutande till delstatens stöd till bostadsbyggande. I ett annat dokument talas om samverkansvinster på minst 35 miljoner mark (18 miljarder euro) per år.
- (107) Under införlivandet övertog WestLB kostnader på 33 miljoner mark (17 miljoner euro) för att ändra pensionssystemet för de anställda vid Wfa och gjorde en motsvarande betalning till förbundsstatens och delstaternas pensionsanstalt. Denna betalning kommer att minska Wfa:s framtida utgifter.

d) SKATTEBEFRIELSE

- (108) Enligt WestLB överensstämmer befriandet av Wfa från vissa skatter med det tyska skatterättsystemet, enligt vilket de ifrågavarande skatterna inte tas ut av institutioner som tjänar offentliga syften och inte konkurrerar med skattskyldiga institutioner. WestLB självt måste till fullo betala alla dessa skatter och banken får inga fördelar av Wfa:s skattebefrielse. Sedan den 1 januari 1997 tas ingen förmögenhetsskatt ut och sedan den 1 januari 1998 ingen näringskatt.

e) AVSKRIVNING AV SKULDER

- (109) Avskrivningen av de ifrågavarande skulderna skedde före överföringen och värderingen av Wfa-tillgångarna i samband med denna. Beloppet på 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) hänför sig således till situationen utan dessa skulder. Eftersom ersättningen grundar sig på detta belopp, får WestLB ingen fördel av avskrivningen.

IV. TYSKLANDS KOMMENTARER

- (110) Enligt Tysklands uppfattning innehåller överföringen inga inslag av statligt stöd i den mening som avses i EG-fördraget till förmån för WestLB. Delstaten Nordrhein-Westfalen får en rimlig, marknadsmässig ersättning. Inte heller de andra ägarna i WestLB får något statligt stöd genom överföringen, eftersom bevarandet av ägarstrukturen efter införlivandet av

Wfa berättigas av den rimliga ersättning som WestLB betalar. Inte heller skattebefrielsen, som gällde Wfa, innehåller något inslag av statligt stöd till förmån för WestLB, eftersom den inte berör bankens affärsmässiga verksamhet.

- (111) Enligt Tysklands uppfattning kan kommissionen endast granska fallet på grundval av de omständigheter som rådde vid tiden för investeringsbeslutet, dvs. i slutet av 1991. Endast dessa omständigheter kan ha legat till grund för delstatens investeringsbeslut. Senare frågor och skeenden, som BAKred:s godkännande av Wfa-tillgångarna som eget kapital och den årliga värderingen och införlivandet av Wfa:s tillgångar och skulder i WestLB:s balansräkning är inte föremål för kommissionens granskning.
- (112) Enligt Tyskland går planerna på att införliva Wfa i WestLB tillbaka till 1970- och 1980-talen. Anledningen till detta var en önskan att effektivisera stödet till bostadsbyggandet. Före införlivandet var förfarandet för att få ett bostadsbyggnadslån ganska komplicerat, eftersom såväl Wfa som WestLB var engagerade förutom de behöriga offentliga myndigheterna. Inom WestLB fanns en särskild avdelning. "Stöd till bostadsbyggande", vars kostnader bars av Wfa. Denna struktur innebar dubblering av tjänster och akter och andra effektivitetsförluster. Efter införlivandet behöver stödmottagarna endast vända sig till en instans i stället för två.
- (113) Tyskland menar vidare att WestLB skulle ha kunnat uppfylla de nya kapitaltäckningskriterierna utan anskaffning av supplementärt kapital. För att garantera bankens långsiktiga funktionsduglighet var det dock ändamålsenligt att öka det primära kapitalet. Allt detta sammantaget visar att det främsta motivet för införlivandet inte var att öka WestLB:s kapitalbas, utan att uppnå möjliga synergieffekter och förbättra förfarandet för stödet till bostadsbyggande. Ändringen av kapitaltäckningskraven hade endast varit den utlösande faktorn.
- (114) I det berörda lagstiftningsinitiativet anges redan att syftet med delstatens bostadsbyggnadsfond måste kvarstå, dess substans garanteras och instrumenten för bostadspolitiken bevaras. I enlighet med detta skall WestLB driva Wfa som en organisatoriskt och ekonomiskt självständig institution med eget bokslut. Om WestLB skulle läggas ned har delstaten företrädesrätt till Wfa:s nettotillgångar. Alla Wfa:s intäkter skall fortsättningsvis användas för stödet till bostadsbyggande. För att uppfylla sina kapitaltäckningskrav kan WestLB endast använda den del av Wfa:s kapitalbas som Wfa självt inte behöver för att täcka sina tillgångar. Delstaten behåller ett särskilt inflytande över Wfa genom särskilda rätter till övervakning, information och samarbete.
- (115) Utåt utgör den särskilda reserven garantikapital utan begränsning. Om WestLB skulle gå i konkurs eller likvideras har fordringsägarna direkt tillgång till den särskilda Wfa-

reserven. Även förluster kan i sin helhet täckas av den särskilda reserven. Internt har däremot WestLB:s ägare reglerat ordningsföljden för krav på Wfa-kapitalet på ett annat sätt. Wfa-tillgångarna kan här endast tas i anspråk efter WestLB:s övriga egna kapital. Eftersom denna interna överenskommelse inte gäller den lagstadgade garantin utåt, godkände BAKred den 30 december 1992 den särskilda reserven till ett belopp av 4,0 miljarder mark (2,5 miljarder euro) som primärt kapital.

1. PRINCIPEN OM DEN PRIVATA INVESTERAREN I EN MARKNADSEKONOMI

(116) Tyskland påpekar att delstaten inte under några omständigheter var skyldig att som alternativ till överföringen av Wfa även beakta en privatisering för att på detta sätt göra det möjligt för WestLB att vända sig till kapitalmarknaderna för att skaffa det egna kapital som banken behövde. Delstaten var inte skyldig att öppna WestLB för privat kapital. En sådan argumentation är inte förenlig med artikel 295 i EG-fördraget.

(117) Det behövdes ingen ökning av WestLB:s totala lönsamhet, eftersom åtgärder för att höja avkastningen endast krävs då staten skjuter till kapital till företag som går med förlust. EG-domstolen har alltid tillämpat den marknadsekonomiska investeringsprincipen endast på statliga ingripanden i olönsamma företag och branscher med strukturell överkapacitet. Av EG-domstolens rättspraxis kan man inte dra slutsatsen att kommissionen har rätt att granska statliga investeringar i ekonomiskt sunda och lönsamma företag för att avgöra om de åtminstone uppnår en genomsnittlig kapitalavkastning. Staten kan även ta hänsyn till långsiktiga, strategiska överväganden; den har en viss företagsmässig frihet att fatta beslut, och kommissionen har ingen rätt att granska företagsbeslut som fattas inom ramen för denna frihet. Kommissionen har därför inte rätt att kräva en viss minimiavkastning, förutsatt att företaget i fråga inte går med förlust på lång sikt. Beräkningar av genomsnittlig avkastning medför nödvändigtvis även att många företag visar en lönsamhet som ligger under genomsnittet i deras respektive branscher. Det är dessutom oklart vilka företag och tidsperioder som skall ligga till grund för beräkningen av den genomsnittliga avkastningen. Staten är inte skyldig att vid företagsbeslut uteslutande rätta sig efter lönsamhetsöverväganden. Även en privat investerare kan naturligtvis beakta andra aspekter. Det är en del av den fria företagsamheten att ha rätt att fortsätta driften av företag med lägre än genomsnittlig lönsamhet och att tillföra dem nytt kapital. Gränsen för staten nås först då dess agerande i jämförelse med en privat investerare inte längre på något vis kan motiveras ur ekonomisk synvinkel.

(118) Den genomförda transaktionen kan dock även motiveras enligt den marknadsekonomiska investeringsprincipen som en åtgärd som även en privat ägare skulle ha vidtagit. De tillgångar som tillförts kan på grund av att de är förbehållna ett visst ändamål inte jämföras med ett " normalt " tillskott av eget kapital. Införlivandet av Wfa var den affärsmässigt mest rationella och effektiva användningen av Wfa-tillgångarna. Delstaten har genom införlivandet i WestLB använt Wfa-tillgångarna på lönsammast möjliga sätt. Om man jämför Wfa med privata tillgångar som är bundna till ett

allmännyttigt ändamål (t.ex. en stiftelse), skulle en privat ägare ha behandlat dessa tillgångar på precis samma sätt för att lönsamt utnyttja de tillgångar som inte kan användas på något annat sätt än för sitt deklarerade ändamål.

(119) Enligt Tysklands uppfattning utgör Wfa-tillgångarnas offentliga ändamål en uppgift av allmänt ekonomiskt intresse, som enligt artikel 295 i EG-fördraget är undandragen kommissionens övervakning. Medlemsstaterna har rätt att skapa sådana fonder som är förbehållna ett bestämt ändamål.

(120) Enligt Tysklands uppfattning är det ur stödrättslig synvinkel irrelevant hur en rimlig ersättning betalas. Eftersom delstaten får en rimlig ersättning är det varken nödvändigt eller motiverat att öka dess ägarandel av WestLB. Det skulle ha gett delstaten en extra ekonomisk fördel utan någon motprestation. En sådan utökning av ägarandelen skulle inte heller vara motiverad med tanke på Wfa-tillgångarnas särskilda karaktär (bristande likviditet, efterställdhet inom banken). Dessutom saknar även vissa kapitalmarknadsinstrument som kan jämföras med Wfa-tillgångarna rösträtt. Eftersom den avtalade ersättningen är rimlig får de andra ägarna inga extra intäkter som inte skulle ha tillkommit dem under normala, marknadsmässiga förhållanden, och därigenom ökas inte heller WestLB:s attraktion för andra investerare. Eftersom ägarstrukturen i WestLB är fastställd och inga nya (privata) andelsägare kan tillkomma, skulle dessutom en hypotetiskt för låg ersättning inte ha något inflytande på eventuella privata investerare. Till och med om de andra ägarna faktiskt skulle få en fördel, skulle dock effekten på sparbankerna vara alltför liten för att kunna märkas.

(121) Eftersom delstaten får en bestämd och rimlig ersättning och WestLB alltid varit och förblir ett företag med lönsam verksamhet, som utan minsta tvivel kan betala den avtalade ersättningen, är den faktiska storleken på avkastningen på det egna kapitalet utan betydelse och delstaten har följaktligen ingen anledning att kräva en högre lönsamhet av banken.

2. RIMLIG ERSÄTTNING FÖR KAPITALET

(122) Enligt Tysklands uppfattning betalade WestLB en rimlig ersättning för de överförda tillgångarna. Att WestLB måste betala en ersättning för det kapital som ställts till dess förfogande har delstaten från första början sett som en förutsättning för överföringen. De berörda parterna hade ingående diskuterat ersättningens storlek och grundvalen för att beräkna den. Eftersom man 1991 ännu inte visste vilket belopp BAKred skulle godkänna som primärt kapital, hade man dock endast fastställt ersättningen i princip, inte konkret vid tiden för överföringen av tillgångarna. Den faktiska ersättningen på 0,6 % fastställdes 1993 efter förhandlingar med de andra ägarna i WestLB (¹). Tyskland har inte lämnat kommissionen någon som helst dokumentation med förklaringar till hur detta värde fastställdes. I stället hävdar Tyskland att det som är avgörande ur stödrättslig synvinkel inte är de överväganden som låg till grund för ersättningens storlek, utan endast resultatet, och att detta var rimligt. Den fasta ersättningen skall betalas av

(¹) Ersättningen på 0,6 % per år fastställdes i en protokollsanteckning till huvudavtalet daterad den 11 november 1993.

den vinst som kan delas ut, dvs. före utdelningen. Om ersättningen under ett enskilt år inte betalas på grund av att ingen vinst gjorts, föreligger ingen rätt till kompensationsbetalning under de följande åren ⁽¹⁾. Värdet på 0,6 %

motsvarar en kostnad före skatt för WestLB på omkring 1,1 %.

(123) I tabellen nedan listas WestLB:s betalningar till delstaten som ersättning för de överförda tillgångarna.

(124) Tabell 4: Av WestLB betald ersättning för överföringen av Wfa:s tillgångar (uppgifter från Tyskland)

(miljoner DEM)

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Ersättning (före skatt)	0,0	27,9	30,8	33,4	33,9	34,0	34,0	[...]	[...]	[...]	[...]
Betalning för övertagandet av Wfa-anställdas intjänade pensionsrättigheter	33,1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	[...]	[...]	[...]	[...]
Total ersättning till delstaten	33,1	27,9	30,8	33,4	33,9	34,0	34,0	[...]	[...]	[...]	[...]

(125) Tyskland har lagt fram ett utlåtande från ett externt konsultföretag, som av WestLB fått i uppdrag att fastställa hur stor en rimlig ersättning för kapitalplaceringar med samma riskprofil som Wfa-tillgångarnas skulle ha varit 1991. I expertutlåtandet undersöks riskprofilen såväl externt som internt samt villkoren för ersättningsbetalningarna. Resultaten jämförs med olika kapitalinstrument på de internationella kapitalmarknaderna för att få fram ett rimligt värde på ersättningen. Jämförelsen kommenteras i nästa avsnitt. I utlåtandet konstateras att en ersättningsnivå på 0,9 %-1,4 % är rimlig. Eftersom ersättningen på 0,6 % för WestLB motsvarar en kostnad före skatt på 1,1 % anses ersättningen vara rimlig. Förutom denna direkta ersättning bör man även beakta synergieffekterna av överföringen av tillgångarna.

kapitalinvesterarens ställning vid eventuellt löpande förluster och dennes ställning vid eventuell konkurs eller likvidation. I utlåtandena beskrivs olika egenskaper ⁽²⁾ hos flera kapitalinstrument på de finansiella marknaderna (stamaktier, passivt deläggande (*Stille Beteiligung*), vinstandelsbevis, "perpetual preferred share", "trust preferred securities" och efterställda lån) och jämförs med Wfa-tillgångarna. Enligt utlåtandena kan Wfa-tillgångarna närmast jämföras med vinstandelsbevis, "Perpetual preferred shares" och passivt deläggande ⁽³⁾. Av de kapitalinstrument som nämns är "trust preferred shares" och "perpetual preferred shares" inte godkända i Tyskland. Enligt utlåtandena fanns i slutet av 1991 i Tyskland följande kapitalinstrument som godtogs som primärt kapital: stamaktier, preferensaktier och passivt deläggande.

a) JÄMFÖRELSE MED ANDRA KAPITALINSTRUMENT

(126) I utlåtandena antas det att avkastningen på ett kapitalinstrument är beroende av dess riskprofil: ju högre risk, desto högre riskpremie, dvs. ränteskillnaden mot säkra statsobligationer. För analysen av ett kapitalinstruments riskprofil är därför framför allt följande tre faktorer av betydelse: formerna för de löpande räntebetalningarna,

(127) I utlåtandena framhålls att Wfa-tillgångarna vid eventuell konkurs för WestLB skulle stå till fordringsägarnas förfogande (garantifunktion). Samtidigt kan WestLB utjämna förluster i obegränsad utsträckning med den särskilda Wfa-reserven (förlustutjämningsfunktion). De interna överenskommelserna och förbehållet beträffande

⁽¹⁾ Tyskland förklarar att ägarna kommit överens om att sådana kompensationsbetalningar skall göras, men WestLB är inte rättsligt förpliktigt till detta.

⁽²⁾ Följande egenskaper beskrivs: emissionsland och utställarnas hemland, tillsynsmässig klassificering, typisk löptid, behandling vid eventuell konkurs eller likvidation eller förlusttäckning, möjlighet till infösen, möjlighet att uppskjuta utbetalning av räntor eller utdelningar, möjlighet till kumulativt uppskjutande.

⁽³⁾ I den ena versionen jämförs Wfa-tillgångarna med vinstandelsbevis och "perpetual preferred stock", i det andra med alla tre instrumenten.

användningen av Wfa-tillgångarna är utan betydelse i detta sammanhang. Internt är dock den särskilda reservens garantifunktion efterställd WestLB:s övriga kapitalbas, och detta är avgörande för en investerares beslut.

(128) Med avseende på förlustutjämningsfunktionen kan den särskilda Wfa-reserven jämföras med "perpetual preferred shares". Eftersom den särskilda Wfa-reserven skulle utnyttjas endast – och då jämsides med vinstandelsbevisen (som utgör supplementärt kapital) – om WestLB:s övriga kapitalbas förbrukats och även vinstandelsbevisen redan delvis använts tillsammans med dessa andra former av primärt kapital, är reserven förenad med mindre risk än vinstandelsbevisen. Detsamma gäller passivt deläggande.

(129) Beträffande garantifunktionen skulle den särskilda reserven tas i anspråk efter de övriga formerna av primärt kapital, men före passivt deläggande, vinstandelsbevis och övrigt supplementärt kapital. Följaktligen är den särskilda Wfa-reserven behäftad med en större risk än vinstandelsbevis och passivt deläggande. Även beträffande garantifunktionen kan den särskilda Wfa-reserven med avseende på risken jämföras med "perpetual preferred shares". Eftersom sannolikheten för att WestLB går i konkurs är synnerligen liten kan dock denna risk i praktiken lämnas obeaktad, och en investerare skulle tillmäta de hithörande riskkostnaderna ett mycket lågt värde.

(130) Räntan på Wfa-tillgångarna skulle betalas av den utdelningsbara vinsten och ha företräde framför utdelningar. Om vinsten inte räcker till betalas ingen ersättning. Denna bestämmelse överensstämmer i princip med motsvarande egenskap hos "perpetual preferred shares". Vinstandelsbevis har lägre risk, eftersom obetalda räntor förs vidare kumulativt till kommande år för betalning. Även vid passivt deläggande är kumulativa betalningar i efterhand möjliga. I fallet med den särskilda Wfa-reserven omfattar risken för betalningsinställelse endast riskpremien (på grund av "likviditetsnackdelarna", se nedan), medan den för de två andra instrumenten gäller hela kupongen (riskfri avkastning plus riskmarginal). Med avseende på riskbetalningar är risken för den särskilda Wfa-reserven något lägre än för de tre andra instrumenten.

(131) I utlåtandena kommer man till slutsatsen att riskpremien för den särskilda Wfa-reserven måste vara lägre än för såväl vinstandelsbevis och passivt deläggande som "perpetual preferred shares". För vinstandelsbevis nämns en "historisk

marginal" före skatt på 1,0-1,2 %, för passivt deläggande 1,1-1,5 % och för "perpetual preferred shares" 1,5-2,0 % ⁽¹⁾. För den särskilda Wfa-reserven beräknas för åren 1993 till 1996 en ersättning på 1,1 % ⁽²⁾. För 1992 anges ett värde på 255 % ⁽³⁾. Även synergieffekterna bör beaktas. I utlåtandena drar man slutsatsen att den ersättning som WestLB betalade 1992 var för stor och under perioden 1993-1996 var rimlig.

b) LIKVIDITETSNACKDELAR

(132) Enligt Tysklands uppfattning innebär ett tillskott av kontanta medel en ökning av kapitalbasen och en likviditetsanskaffning. De likvida medlen kan återinvesteras och ge ränteintäkter, för vilket investeraren kräver en ersättning. Överföringen av Wfa-tillgångarna ökar WestLB:s kapitalbas, men ger ingen ökad likviditet. Wfa:s kapital är bundet till stödet till bostadsbyggande. Till skillnad från vid tillförelse av kontanta medel kan WestLB inte återinvestera några likvida medel, utan måste skaffa sig likviditet på marknaden för att uppnå det resultatet. Det medför ytterligare räntekostnader. På grund av denna brist på likviditet kan delstaten, såsom det förklaras i expertutlåtandena, endast begära en ersättning som motsvarar riskpremien, dvs. skillnaden mellan den totala avkastningen på en investering och avkastningen på en motsvarande tysk statsobligation.

(133) Vidare uppges att praktiskt taget all aktiv riskbehäftad verksamhet i ett kreditinstitut kräver likviditet, t.ex. swap-, termins- och derivathandel. Endast utställande av borgensförbindelser och garantier kan bedrivas utan användning av likvida medel, men dessa transaktioner redovisas inte heller i bankens balansräkning.

(134) De refinansieringskostnader som skall beaktas bör fastställas till avkastningen på riskfria långfristiga tyska statsobligationer (med tio års löptid). I slutet av 1991 uppgick avkastningen på andrahandsmarknaden till 8,26 %. WestLB:s faktiska genomsnittliga refinansieringskostnader skall i november 1991 ha uppgått till 9,28 %.

c) KAPITALBAS FÖR BERÄKNING AV ERSÄTTNINGEN

(135) Tyskland menar att ersättningen enligt en protokollanteckning till huvudavtalet skall betalas på den del av den särskilda Wfa-reserven som årligen i genomsnitt används för att täcka WestLB:s affärsverksamhet. Den första betalningen skulle erläggas 1993. I själva verket betalar WestLB inte ersättning för den del banken använt, utan för den del som kunde ha använts, dvs. den del av den särskilda reserven som inte används för att täcka Wfa:s egen verksamhet.

⁽¹⁾ Eftersom "perpetual preferred shares" inte förekommer i Tyskland, användes motsvarande uppgifter från de amerikanska och brittiska marknaderna.

⁽²⁾ Detta beror för det första på att BAKred först den 30 december 1992 godkände den särskilda reserven. Vid beräkningen utgås därför från en faktisk andel användbart kapital för WestLB på endast [...] mark [...] euro. För det andra beror detta på att WestLB 1992 erlade en betalning på [...] mark [...] euro för Wfa-anställdas framtida pensionsanspråk, och detta belopp behandlas som en ersättning som WestLB detta år betalade delstaten.

⁽³⁾ Detta värde grundar sig på en ersättningsnivå på 0,6 %, en inkomstskattesats på 46 % t.o.m. 1993 och därefter 42 % samt ett solidaritetspåslag på 3,75 % 1992, 0 % 1993 och därefter 7,5 %.

(136) Det "överskjutande kapitalbeloppet", dvs. den del av den särskilda reserven som används för Wfa:s egen verksamhet, och de 1,9 miljarder mark (970 miljoner euro), som ingår som eget kapital i WestLB:s balansräkning, men som BAKred inte godkänt som primärt kapital, saknar ekonomiskt värde för WestLB, eftersom banken inte kan använda dessa medel för att täcka ytterligare riskbehäftad verksamhet. De 1,9 miljarder mark (970 miljoner euro) som redovisas i balansräkningen är endast en mellanskillnad som resultat av värderingen. Eftersom kreditvärderingsföretag och erfarna investerare endast fäster sig vid det godkända beloppet saknar dessa 1,9 miljarder mark (970 miljarder euro) ekonomisk betydelse för WestLB. Ingen privat investerare kan kräva någon ersättning för detta kapital på marknaden, eftersom banken alltid skulle ha möjlighet att skaffa sig eget kapital på marknaden (t.ex. som ett normalt tillskott av kontanta medel), som godkänns som primärt kapital.

(137) Tyskland förklarar att Wfa:s tillgångar och skulder årligen diskonteras på nytt för att kunna redovisas till sitt aktuella värde i WestLB:s balansräkning. Eftersom amorteringar och räntebetalningar lånas ut på nytt till låga räntor som bostadsbyggnadslån kan det förekomma att Wfa-tillgångarnas nominella värde ökar medan de diskonterade och riskjusterade värdena minskar.

d) SYNERGIEFFEKTER

(138) Enligt uppgift från den tyska regeringen förväntar sig delstaten att införlivandet av Wfa i WestLB skall ge upphov till samverkansvinster som på längre sikt beräknas till mer än 30 miljoner mark (15 miljoner euro) per år. De härrör från en förenkling av stödförfarandet, bl.a. genom avskaffande av dubbelarbete, förenklad och snabbare kommunikation och mindre behov av samordning. Efter införlivandet behöver Wfa mindre personal och behöver inte längre göra några kompensationsbetalningar för det arbete som WestLB:s avdelning för bostadsstöd tidigare utförde för Wfa:s räkning. Delstatens förväntningar hade faktiskt uppfyllts och införlivandet av Wfa i WestLB hade ur företagsekonomisk synvinkel varit det enda sättet att uppnå dessa synergieffekter. Dessutom omfattas det sätt på vilket dessa synergieffekter uppnåtts av delstatens ekonomiska beslutanderätt, som skyddas av artikel 295 i EG-fördraget.

(139) Tyskland framhåller att WestLB 1992 betalade 33 miljoner mark (17 miljoner euro) för existerande och framtida pensionsrättigheter för Wfa-anställda, vilket minskar Wfa:s framtida utgifter. Dessa betalningar avskrevs under 15 år i WestLB:s resultaträkning med ett årligt belopp på 1,6 miljoner mark (0,8 miljoner euro).

3. SKATTEBEFRIELSE

(140) Wfa:s befrielse från förmögenhetsskatt, näringskatt och bolagsskatt är ett resultat av det tyska skattesystemet. Wfa och andra offentligrättsliga företag är befriade från skatt, eftersom de inte konkurrerar med skattepliktiga finansinstitut, utan används av staten för bestämda stödändamål. På

grund av de belopp som sparas in genom skattebefrielsen behöver staten inte tillhandahålla så stora mängder stödmedel för Wfa:s verksamhet. WestLB betalar full skatt för alla sina intäkter (således även för de intäkter som uppkommer på de konkurrensutsatta affärsområden som täcks av det egna kapital som hänför sig till Wfa) och får inga ekonomiska fördelar av Wfa:s skattebefrielse, eftersom den inte medför en ökning av det belopp som godkänts som primärt kapital. Inte ens om skattebefrielsen skulle leda till en ökning av det godkända kapitalet skulle WestLB gynnas, eftersom banken då skulle vara tvungen att betala en rimlig ersättning för det extra beloppet.

(141) Vad gäller förmögenhets- och näringskatterna kan en tillgång beskattas endast en gång och beskattningen sker där tillgången direkt används. Eftersom Wfa:s tillgångar är befriade från skatt i deras primära användning, dvs. som stöd till bostadsbyggande, kan de inte beskattas då de sätts in på ett annat, sekundärt område. Detta strider mot det tyska skatterättssystemet. Detsamma gäller införlivandet av en privat skattebefriad institution i en privat bank. Eftersom dessa skattebefrielser inte ger WestLB någon fördel, utgör de heller inget statligt stöd. Dessutom tas ingen närings- eller förmögenhetsskatt ut sedan 1997 respektive 1998, eftersom den tyska författningsdomstolen förklarar att de strider mot grundlagen.

4. AVSKRIVNING AV SKULDER

(142) Tyskland hävdar att befrielsen från ansvarsåtagande innebär att man förhindrar att delstatens fond för stöd till bostadsbyggande minskar på grund av de årligen tillkommande skulderna. Avskrivningen minskar inte delstatens tillgångar, eftersom delstaten vid eventuell likvidation av Wfa skulle få en i motsvarande grad större fond för stöd till bostadsbyggande. Eftersom de Wfa-skulder som avskrivits endast skulle ha förfallit till betalning i ett sådant likvidationsfall, ändrar befrielsen från ansvarsåtagandet inte delstatens ekonomiska ställning som helhet. I själva verket har delstaten endast avstått från en fordran på sig själv.

(143) Avskrivningen av skulder har beaktats i BAKred:s värdering av Wfa:s garantikapital, och WestLB betalar en rimlig ersättning på grundval av detta. WestLB har följaktligen inte fått någon ekonomisk fördel av upphävandet av ansvarsåtagandet.

5. KOMMENTARER TILL SYNPNKTERNA FRÅN BERÖRDA PARTER

(144) Beträffande de båda bankföreningarnas synpunkter förklarar den tyska regeringen att de schablonmässiga invändningarna inte är underbyggda med fakta eller konkreta klagomål från kreditinstitut över WestLB:s verksamhet på marknaderna. Den fråga om institutionellt ansvar och garantiansvar som tas upp i ett av dessa yttranden hör inte samman med det föreliggande fallet och måste behandlas separat.

- (145) Vad gäller BdB:s synpunkter, framhåller Tyskland att införlivandet av Wfa inte var någon ad hoc-lösning, utan grundade sig på långsiktiga, strategiska överväganden, särskilt med sikte på att öka Wfa:s effektivitet. I EG-domstolens rättspraxis finns det inte något fall där en statlig investering i ett ekonomiskt sunt företag med lönsam verksamhet skulle ha ansetts vara statligt stöd. Det fall som BdB hänvisar till gäller företag som gått med förlust. Eftersom WestLB gått med vinst alltsedan banken grundades, kan den marknadsekonomiska investeringsprincipen inte tillämpas på detta fall. Detta stöds av EG-domstolens rättspraxis, där denna princip aldrig tillämpats på ekonomiskt sunda och lönsamma företag. En privat investerare utgår inte heller enbart från den förväntade avkastningen, utan tar även andra strategiska överväganden i betraktande. Vid undsättnings- och omstruktureringsstöd måste andra överväganden komma till användning än vid en ökning av kapitalet i ett lönsamt företag. Statliga investeringar kan inte bedömas helt enkelt utgående från frågan om en branschmässigt genomsnittlig lönsamhet uppnåtts. I annat fall skulle alla statliga investeringar i banker med lägre lönsamhet än genomsnittet vara statliga stöd, medan privata investerare samtidigt kan investera i samma företag. Investerare inriktar sig inte på det branschmässiga genomsnittet, utan på framtidsutsikterna.
- (146) Bestämmelserna om statligt stöd tillåter endast en granskning av villkoren för införlivandet av Wfa-tillgångarna, inte av de särskilda egenskaperna hos dessa tillgångar, som skyddas av artikel 295 i EG-fördraget. Eftersom den särskilda karaktären hos Wfa-tillgångarna skyddas av denna artikel, kan det överförda Wfa-kapitalet inte jämföras med ett normalt tillskott av eget kapital med likviditet. Även en privaträttslig stiftelse kan användas på precis samma sätt som Wfa, utan att det påverkar syftet för användningen av intäkterna.
- (147) Beträffande Wfa-kapitalets riskprofil måste man skilja mellan delstaten som ägare av WestLB och som investerare av den särskilda Wfa-reserven. Som Wfa-investerare har delstaten en mindre risk, eftersom WestLB:s ägare kommit överens om att den särskilda reserven internt skall vara ett efterställt garantikapital. Delstatens risk som Wfa-investerare är begränsad till de överförda tillgångarna och inte högre, som BdB hävdar.
- (148) Tyskland hävdar att de beräkningar av avkastningen som BdB lagt fram (och som är hämtade från utlåtandet av en oberoende expert) är felaktiga och underbygger sin uppfattning med ett alternativt utlåtande, som utarbetats på uppdrag av WestLB. Enligt det sistnämnda utlåtandet är de främsta felen den felaktiga beräkningsmetoden (aritmetiskt medelvärde i stället för det geometriska, "Compound annual growth rate") och hänvisningen till irrelevanta investeringsperioder. När dessa feljusteras minskar lönsamheten för privata tyska storbanker från 16,86 % före skatt till 7,0 %. De fem tyska privata banker som använts för att fastställa jämförelsevärdet kan heller inte jämföras med WestLB på grund av att de har en annan inriktning på sin affärsverksamhet. Om man gör beräkningen på grundval av jämförbara banker minskar avkastningen på eget kapital till 5,8 %. Dessutom används i BdB:s utlåtande en icke-representativ observationsperiod, 1982-1992, som omfattar två kraftiga börsuppsving. Med en kortare observationsperiod skulle avkastningstalen minska ytterligare.
- (149) Tyskland tillbakavisar BdB:s argument att den bristande likviditeten inte skulle leda till refinansieringskostnader, eftersom denna likviditetsnackdel redan beaktats i diskonteringen av Wfa-tillgångarnas nominella värde. Enligt Tysklands uppfattning har denna diskontering ingenting att göra med likviditetsaspekten, utan endast med den omständigheten att Wfa-tillgångarna till största delen består av långfristiga tillgångar och skulder med låg eller ingen ränta. Tyskland förkastar även argumentet att endast ett litet avdrag på 2,7 % av avkastningen motiveras även om man räknar med refinansieringskostnader. Det expertutlåtande som BdB lagt fram i denna fråga är missriktat, eftersom man på ett otillåtet sätt blandat ihop bankens intäkter av bankverksamhet med en extern investerares intäkter. I BdB-utlåtandet utgår man även från bruttointäkter, medan man borde ha jämfört nettointäkterna. I denna fråga har den tyska regeringen lagt fram ett eget utlåtande som utarbetats av ett externt konsultföretag.
- (150) Synergieffekter uppstår endast inom Wfa, inte inom WestLB, eftersom dubbelarbete och parallella förvaltningsavdelningar skulle avskaffas (överflyttning av WestLB:s tidigare avdelning för bostadsbyggande). Synergieffekter uppstår därför helt oberoende av den ekonomiska, organisatoriska och personella separationen av Wfa och WestLB. De medför att det krävs mindre kapitaltillskott från delstaten till Wfa och utgör en direkt konsekvens av överföringen av Wfa till WestLB.
- (151) Skillnaden mellan redovisningen av den särskilda Wfa-reserven i balansräkningen och det belopp för tillsyn som BAKred godkänt har tydligt meddelats till tredje part. Ur fordringsägarnas synvinkel har det kapital som tillsynsmyndigheterna inte godkänt ingen garantifunktion. Eftersom endast den del som WestLB kan använda för att täcka sin bankverksamhet är av ekonomisk nytta för banken, kan delstaten inte kräva någon ersättning för det överskjutande beloppet.
- (152) Avskrivningen av Wfa:s skulder har beaktats i BAKred:s värdering av Wfa-tillgångarna, och WestLB betalar en rimlig ersättning på grundval av detta. Wfas befrielse från dess ansvarsåtagande har inte påverkat delstatens totala ekonomiska ställning. Skattebefrielsen medför heller ingen fördel för WestLB.

V. ÖVERENSKOMMELSE MELLAN BDB, DELSTATEN
NORDRHEIN-WESTFALEN OCH WESTLB

- (153) Den 13 oktober 2004 meddelade den klagande BdB, delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB AG kommissionen att man hade nått en överenskommelse i fråga om stödärendet WestLB. Utan att det påverkar deras respektive uppfattning om rättsläget som i princip fortfarande gäller, har parterna kommit överens om vad de själva anser vara lämpliga parametrar för att lägga fast en rimlig avkastning. Parterna anmodar kommissionen att ta hänsyn till resultatet av denna överenskommelse när den fattar beslut i frågan.
- (154) Parterna använde till att börja med "Capital Asset Pricing Model" (CAP-modellen) för att fastställa den förväntade minimiersättningen för en teoretisk aktieinvestering i WestLB vid den relevanta tidpunkten för införlivandet. Detta ger en rimlig årlig minimiersättning på 10,19 % för den del av Wfa-kapitalet som av BAKred erkändes som primärt kapital och som inte användes av Wfa för att täcka dess egen verksamhet för att främja bostadsbyggandet.
- (155) Vid beräkningen av denna minimiersättning användes dessutom de långfristiga räntesatserna för riskfria lån som har fastställts av delstatsbanken med hjälp av Deutsche Börse AG:s REX10 Performance Index och de betafaktorer som beräknades på grundval av ett utlåtande från KPMG från den 26 maj 2004 som hade beställts av delstatsbanken. Konkret kom man fram till en riskfri grundräntesats för WestLB vid den relevanta tidpunkten för införlivandet på 7,15 %. Som betafaktor fastställdes på grundval av utlåtandet från KPMG vid den relevanta tidpunkten ett värde på 0,76. En enhetlig marknadsriskpremie fastställdes till 4 %.
- (156) Den ursprungliga räntesatsen på 10,16 % (1 januari 1991) hade således räknats fram på följande sätt: Riskfri räntesats 7,15 % + (allmän marknadsriskpremie 4,0 % X betafaktor 0,76).
- (157) Därefter fastställdes ett avdrag på grund av bristen på likviditet hos de bundna tillgångarna. För detta ändamål utgick man från den ovannämnda riskfria räntesatsen på 7,15 % schablonmässigt som bruttokostnad för refinansiering. För att få fram den gängse avgörande kostnaden för refinansiering användes WestLB:s stora skattebörda vid tidpunkten för införlivandet, schablonmässigt fastställd till 50 %, vilket gav ett avdrag på 3,57 %.
- (158) Slutligen har man lagt till 0,3 % på grund av att man inte har medgivit rösträtt.
- (159) Sammanlagt har man på detta sätt fått fram en rimlig ersättningsnivå för de bundna tillgångarna på 6,92 % (efter skatt) för den del av Wfa-kapitalet som av BAKred erkändes

som primärt kapital och som inte användes av Wfa för att täcka dess egen verksamhet för att främja bostadsbyggandet.

- (160) Parterna är överens om att stödinslagen i samband med införlivandet av Wfa upphörde i och med att den nya organisationen med moderbolag och dotterbolag infördes den 1 januari 2002.

VI. BEDÖMNING AV ÅTGÄRDEN

- (161) För att bedöma åtgärden enligt EG-fördragets regler om statligt stöd måste man först undersöka om åtgärden är ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

1. STATLIGA MEDEL OCH GYNNANDE AV ETT VISST FÖRETAG

- (162) Wfa var en offentligrättslig institution med delstaten Nordrhein-Westfalen som enda ägare och med uppgift att stödja bostadsbyggandet genom att ge lån till låg eller ingen ränta. Delstaten garanterade Wfa:s samtliga skulder enligt sitt institutionella ansvar och garantiansvar. Wfa:s viktigaste finansieringskälla, fonden för stöd till bostadsbyggande, bildades genom årliga tillskott av medel ur delstatens budget och ränteintäkter av bostadsbyggnadslånen.
- (163) Om statliga tillgångar av detta slag med affärsmässigt värde överförs till ett företag utan tillräcklig ersättning, är det uppenbart att det är fråga om statliga medel i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

- (164) För att undersöka om överföringen av statliga medel till ett företag i offentlig ägo gynnar detta företag och följaktligen kan utgöra statligt stöd enligt artikel 87.1 i EG-fördraget tillämpar kommissionen den marknadsekonomiska investeringsprincipen. EG-domstolen har i en rad domar godtagit (och vidareutvecklat) denna princip. Bedömningen enligt denna princip görs i punkt 3. Om det är fråga om ett statligt stöd gynnas entydigt WestLB, dvs. ett företag i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

2. SNEDVRIDNING AV KONKURRENSEN OCH PÅVERKAN PÅ HANDELN MELLAN MEDLEMSSTATER

- (165) Genom avregleringen av finansiella tjänster och integrationen av de finansiella marknaderna har banksektorn inom gemenskapen blivit allt känsligare för snedvridningar av konkurrensen. Denna utveckling har skärpts ytterligare genom den ekonomiska och monetära unionen, som innebär att de återstående konkurrenshindren på marknaderna för finansiella tjänster avskaffas.
- (166) Enligt bankens årsrapport för 1997 uppfattar sig WestLB som en universell bank med internationell verksamhet,

som centralbank för sparbankerna och som bank för delstaten och kommunerna. Banken beskriver sig själv som en europeisk bankkoncern för stora kunder med verksamhet i de viktigaste finansiella och ekonomiska centrumen i världen. Tyngdpunkten för dess utlandsnärvaro ligger i Europa, där banken har dotterföretag, filialer och representationskontor i alla viktiga länder. Globalt är WestLB-koncernen representerad med egna kontor i mer än 35 länder.

(167) Trots sitt namn, sina traditioner och sina lagstadgade uppgifter är WestLB ingalunda någon lokal eller regional bank. Dess närvaro i Europa och på de internationella marknaderna har redan beskrivits i avsnitt II punkt 1. Utlandsverksamheten bidrog 1997 med 48 % av de icke-konsoliderade intäkterna. Såsom framgår av årsrapporten för 1997 härrör bankens tillväxt under detta år framför allt från utvidgningen av utlandsverksamheten.

(168) Detta visar entydigt att WestLB erbjuder banktjänster i konkurrens med andra europeiska banker såväl utanför som inom Tyskland – eftersom banker från andra europeiska länder är verksamma i Tyskland. Detta bekräftas av yttrandena från bankföreningarna i två medlemsstater. Därmed är det fastställt att stöd till WestLB snedvrider konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstater.

(169) 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 WestLB med sådant eget kapital för kapitaltäckning påverkade den direkt bankens affärsmöjligheter.

3. PRINCIPEN OM DEN PRIVATA INVESTERAREN I EN MARKNADSEKONOMI

(170) För att bedöma om en finansiell åtgärd som vidtas av en offentlig ägare till förmån för ett företag innehåller inslag av statligt stöd tillämpar kommissionen den marknadsekonomiska investerarprincipen. Denna princip har tillämpats av kommissionen i många fall och den har godkänts och vidareutvecklats av domstolen i ett flertal domar⁽¹⁾. Den gör det möjligt för kommissionen att beakta de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall, exempelvis ett holdingbolags eller en concerns strategier, eller att skilja mellan en investerares intressen på kort och på lång sikt. Den marknadsekonomiska investerarprincipen tillämpas även i det föreliggande fallet.

⁽¹⁾ Se t.ex. domarna i mål C-303/88, Italien mot kommissionen, Rec. 1991, I-1433, och i mål C-305/89, Italien mot kommissionen, Rec. 1991, I-1603.

(171) Enligt denna princip skall det inte bedömas som ett statligt stöd då kapital tillhandahålls på villkor "som en privat investerare, som verkar under normala marknadsvillkor, skulle godta för att tillföra medel till ett privat företag" ⁽²⁾. I synnerhet skall en finansiell åtgärd anses vara oacceptabel för en investerare som agerar enligt den marknadsekonomiska investerarprincipen om företagets ekonomiska läge är sådant att en normal avkastning (i form av utdelningar eller värdetillväxt) inte kan förväntas inom en rimlig tid ⁽³⁾.

(172) Naturligtvis måste kommissionen grunda sin bedömning av ett fall på de uppgifter som investeraren hade tillgång till då han fattade sitt beslut om den ifrågasatt finansiella åtgärden. Överföringen av Wfa beslutades 1991 av de behöriga offentliga myndigheterna. Således skall kommissionen bedöma transaktionen på grundval av de uppgifter som stod till förfogande vid den tiden och de dåvarande ekonomiska och marknadsmässiga förhållandena. De uppgifter i detta beslut som hänför sig till senare år används endast för att visa följderna av överföringen på WestLB:s situation och inte för att i efterhand berättiga eller ifrågasätta transaktionen.

(173) Tyskland har påmint kommissionen om att vid prövningen av ärendet endast utgå från de förhållanden som rådde då beslutet om överföringen fattades, dvs. i slutet av 1991, och att inte beakta den senare utvecklingen. Detta skulle kunna betyda att kommissionen varken kan beakta att endast 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) i stället för det begärda beloppet på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) godkänts av BAKred eller att man 1993 avtalade om en ersättning på 0,6 %. Vid tiden för överföringen fastställdes inte ersättningens storlek, trots att delstaten och WestLB var ense om värdet av Wfa på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro). Kommissionen anser det därför motiverat att vid bedömningen även beakta förhållandena vid den tid då man slutligen fastställde ersättningens storlek.

(174) Kommissionen delar inte Tysklands och WestLB:s åsikt att den marknadsekonomiska investerarprincipen inte kan tillämpas på ett ekonomiskt sunt och lönsamt företag och att detta skulle framgå av EG-domstolens rättspraxis. Det faktum att principen hittills i huvudsak tillämpats på företag som är i svårigheter begränsar inte dess tillämpning till denna kategori av företag.

(175) Omstruktureringsstöd till företag får endast beviljas om en omstruktureringsplan leder till att företagets livsduglighet återställs, dvs. till en "normal" avkastning som gör det möjligt för det företag som fått stöd att fortleva av egen

⁽²⁾ 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).

⁽³⁾ Offentligt ägande i företag – kommissionens ståndpunkt Bulletin EG 9 – 1984, s. 93 f.

kraft, eftersom denna "marknadsmässiga" avkastning är godtagbar enligt den marknadsekonomiska investerarprincipen. I de fall där domstolen har varit involverad i liknande beslut har den aldrig ifrågasatt att kommissionen inte bara har krävt kostnadstäckning eller en symbolisk avkastning utan en fullständigt "marknadsmässig" avkastning.

- (176) 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.
- (177) Den sannolika kapitalavkastningens rimlighet beror i sin tur på vad en privat investerare i en marknadsekonomi kan förvänta sig av jämförbara investeringar med jämförbar risk. Det är uppenbart att ett företag med kontinuerligt svaga resultat och utan tecken på en vändning inte är överlevnadsdugligt på lång sikt. Nya investerare skulle avvisa en begäran av företaget om ytterligare kapital och befintliga investerare till slut skulle dra sig ur – och i nödfall även acceptera förluster – för att placera sitt kapital mer lönsamt. Följaktligen har kommissionen i ett meddelande till medlemsstaterna om tillämpningen av reglerna om statligt stöd på offentligt ägda företag angett att den, då den jämför det statliga agerandet med en privat investerare i en marknadsekonomi, kommer att värdera ett företags ekonomiska läge vid den tidpunkt då tillskottet av kapital planeras, "särskilt i sådana fall där företaget inte går med förlust" ⁽¹⁾.
- (178) Dessutom bör man komma ihåg att "ekonomiskt sunda och lönsamma företag" inte är detsamma som företag som inte går med förlust. Ett företag som uppvisar endast en liten vinst eller varken vinst eller förlust kan faktiskt inte anses vara ekonomiskt sunt och lönsamt. Det är visserligen svårt att fastställa den "genomsnittliga lönsamheten", eftersom den beror på en rad faktorer, t.ex. risken i den bransch där företaget verkar. Företag som under en viss tidsperiod har en vinst som är lägre än i företag med jämförbar riskstruktur skulle dock, som redan nämnts, på lång sikt trängas ut från marknaden. Den ståndpunkt som Tyskland och WestLB företräder skulle leda till en situation där staten utan hänsyn till reglerna i EG-fördraget om statligt stöd till företag kunde investera i företag som har en årlig vinst på 1 euro.
- (179) Det är inte kommissionens uppgift att systematiskt inleda förfaranden så snart offentliga företag uppvisar en lönsamhet som ligger under genomsnittet. Även privata företag har emellanåt en lönsamhet som är lägre än genomsnittet (det ligger i medelvärdets logik att det förekommer avvikelser i båda riktningar). Ett normalt företag på marknaden skulle dock i ett sådant fall eftersträva ökad lönsamhet och genomföra omstruktureringsåtgärder och andra åtgärder för att läget inte skulle bli permanent. Investerarna på marknaden förväntar sig att lämpliga åtgärder vidtas i detta avseende.
- (180) Dessutom bör man, som tidigare nämnts, skilja mellan befintliga och nya investeringar, eftersom utgångspunkterna – men inte grundprinciperna – för investeringsbesluten skiljer sig åt. Då det är fråga om en befintlig investering kan investeraren snarare vara beredd att acceptera en lägre (eller till och med en negativ) avkastning om han räknar med att läget kommer att förbättras. Säkerligen kunde en investerare även öka sin investering i ett företag med låg lönsamhet, men om han inte på lång sikt väntade sig en förbättring av läget och en rimlig avkastning skulle han avstå från detta. Om han å andra sidan förväntar sig att kombinationen av risk och avkastning utfaller sämre än i jämförbara företag skulle han överväga att avveckla sin investering. Om det är fråga om en nyinvestering kommer investeraren eventuellt att redan från början vara mindre villig att acceptera en lägre lönsamhet ⁽²⁾. Men som redan sagts är principerna desamma i alla beslutssituationer: Den förväntade avkastningen på investeringen på lång sikt (med beaktande av risker och andra faktorer) måste vara minst lika hög som avkastningen på jämförbara investeringar. Om så inte är fallet kommer företaget inte att kunna skaffa fram de medel det behöver och är därmed inte överlevnadsdugligt på lång sikt.
- (181) Enligt WestLB:s uppfattning kan frågan om banken under åren före överföringen haft genomsnittliga vinster i princip lämnas obesvarad, om en rimlig ersättning avtalas och om lönsamheten tycks vara tillräcklig för att täcka ersättningen på lång sikt. Denna uppfattning kan man i princip instämma i. Man bör dock även betänka att den långfristiga livsdugligheten är beroende av att företaget uppnår en genomsnittlig avkastning på sitt egna kapital.
- (182) Med avseende på en marknadsmässig investerares sannolika agerande är det oväsentligt att också andra banker varit tvungna att skaffa sig mera kapital på grund av de strängare bestämmelserna i kapitaltäckningsdirektivet. Direktivet förpliktar inte bankerna att skaffa mer kapital. I det fastställs endast en minimikvot mellan kapital och riskjusterade tillgångar, dvs. ett rättsligt antagande om vad som krävs för att en bank skall vara livsduglig. Det innebär

⁽¹⁾ EGT C 307, 13.11.1993, s. 3, se punkt 37.

⁽²⁾ Det kan inte hävdas att det på marknaden endast förekommer investeringar i lönsamma företag. Investeringar med hög risk, t.ex. i företag med innovativ eller ny teknik, är vanliga. Men också i dessa fall placerar investeraren sitt kapital i enlighet med sina förväntningar, dvs. om initialförlusterna och riskerna uppvägs av höga vinster längre fram. Också vid sådana investeringar är den förväntade avkastningen på lång sikt avgörande.

att en privat investerare i en marknadsekonomi eventuellt skulle ha instruerat sin bank att ändra sin riskstruktur för att uppfylla de nya kapitaltäckningsbestämmelserna, i stället för att öka bankens kapital. På så sätt skulle bankens affärsvolym omedelbart minskas och dess närvaro på marknaden därigenom gå tillbaka.

(183) Om en offentlig ägare beslutar att det är rimligt att ge banken ett kapitaltillskott för att den skall kunna uppfylla kraven på eget kapital, ställer sig frågan om de särskilda omständigheter under vilka kapitalet tillhandahålls skulle vara godtagbara enligt den marknadsekonomiska investerarprincipen. Om det krävs ett kapitaltillskott för att uppfylla kapitaltäckningskraven kunde en privat investerare i en marknadsekonomi vara villig att göra så för att bevara värdet av redan gjorda investeringar. Han skulle dock yrka på en rimlig avkastning på det nya kapitaltillskottet. Sannolikt skulle en privat investerare i en marknadsekonomi förvänta sig en högre avkastning på en kapitalinvestering i en bank som förbrukat sina kapitalreserver och är i trängande behov av nytt kapital, eftersom denna omständighet innebär en större risk för honom.

(184) I ljuset av den marknadsekonomiska investerarprincipen är kärnfrågan om en sådan investerare skulle ha ställt ett kapital med samma särskilda egenskaper som Wfa-tillgångarna till förfogande för WestLB på samma villkor, särskilt med avseende på den sannolika avkastningen på investeringen. I det följande skall den frågan undersökas.

a) ARTIKEL 295 I EG-FÖRDRAGET

(185) Enligt Tysklands uppfattning behövde delstaten Nordrhein-Westfalen inte överväga en privatisering av WestLB för att förstärka bankens kapitalbas, även om delstaten i princip fritt kunde besluta att överföra Wfa till WestLB för att uppnå samverkansvinster och enligt gemenskapsrätten inte var skyldig att överväga en överföring av Wfa till ett privat kreditinstitut. Denna ståndpunkt kan man instämma i. Tyskland förklarar vidare att Wfa:s uppgift är av allmänt ekonomiskt intresse och att Wfa därför enligt artikel 295 inte skall övervakas av kommissionen.

(186) Så länge offentliga institutioner uteslutande genomför offentliga uppgifter och inte konkurrerar med affärsmässiga företag kan konkurrensreglerna inte tillämpas på dem. Om konkurrensen påverkas förhåller sig saken dock annorlunda. Artikel 86.2 i EG-fördraget syftar till att hantera situationer där det kan vara nödvändigt att avvika från konkurrensreglerna för att säkerställa att tjänster av allmänt ekonomiskt intresse tillhandahålls. Artikel 86.2 i EG-fördraget behandlas i avsnitt V punkt 6. Å andra sidan berör fördraget enligt artikel 295 inte de olika medlemsstaternas egendomsordning. Men det rättfärdigar inte att konkurrensreglerna i fördraget överträds.

(187) De tyska myndigheterna och WestLB hävdar att Wfa-tillgångarna på grund av syftet med dem enligt lagen om stöd till bostadsbyggande inte kan användas lönsamt på något annat sätt än genom att de införlivas i en liknande offentligrättslig 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 Wfa-kapitalet, vara tillräcklig för att motivera överföringen av tillgångarna enligt den marknadsekonomiska investerarprincipen. Argumentationen är ohållbar. Det kan stämma att införlivandet av Wfa i WestLB och den möjlighet det gav WestLB att använda en del av Wfa-kapitalet för att förstärka sin kapitaltäckningsgrad var den ekonomiskt mest rationella användningen av tillgångarna. Medlemsstaterna är i sin fulla rätt att anslå offentliga medel till offentliga, suveräna ändamål och att för detta inte kräva någon alls eller endast en liten avkastning. Kommissionen ifrågasätter inte medlemsstaternas rätt att bilda särskilda fonder för att klara av uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse. 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.

b) ÅTGÄRDENS SÄRSKILDA KARAKTÄR

(188) Genom att välja den överföring som beskrivits för att möta behovet av ytterligare primärt kapital för WestLB, bestämde sig delstatsmyndigheterna för en metod med mycket speciella särdrag för att öka kapitalet. Grundidén var att slå samman ett allmännyttigt kreditinstitut, som har en särskild uppgift (Wfa), med en normal affärsbank, som verkar i en konkurrensutsatt miljö, för att använda överskottskapitalet (enligt kapitaltäckningsbestämmelserna) i det allmännyttiga institutet för det konkurrensutsatta institutets syften. Samtidigt förblev de överförda tillgångarna bundna till sitt ursprungliga ändamål. Följaktligen valde man lösningen med en "institution inom en institution" där Wfa-tillgångarna bildar ett självständigt och "slutet" kretslopp genom att de överskott som Wfa uppnår endast tillräknas Wfa och stannar kvar inom Wfa.

(189) Kommissionen känner inte till några precedensfall där en kapitalökning genomförs genom en sådan "ofullständig sammanslagning", i den mån det kunde vara relevant ur stödrättslig synvinkel. Enligt kommissionens uppfattning måste man dock, då en medlemsstat bestämmer sig för en konstruktion av det slag som här föreligger, göra en grundlig undersökning av hur den finansiellt och ekonomiskt påverkar den konkurrensutsatta delen av institutionen. Endast på så sätt kan man förhindra att ogenomskinliga konstruktioner tillgrips för att kringgå EG-fördragets regler om statligt stöd. Man måste bedöma i vilken utsträckning införlivandet, trots att skilda kretslopp upprättas, ger den konkurrensutsatta delen av företaget ekonomiska fördelar.

(190) Här bör det framhållas att det komplicerade fallet och frånvaron av direkt jämförbara transaktioner på den fria marknaden gör denna bedömning ganska svår. Därför har kommissionen ägnat avsevärd tid åt att samla uppgifter och

analysera fallet. Dessutom har kommissionen gett en extern sakkunnig i uppdrag att ge ett utlåtande om transaktionen och om den ersättningsnivå som kan anses vara marknadsmässig. På grundval av alla tillgängliga uppgifter och först efter noggrann granskning har kommissionen till slut dragit sina slutsatser och kommit fram till det föreliggande beslutet.

c) INGEN ÄNDRING AV ÄGARSTRUKTUREN

(191) Om en privat investerare i en marknadsekonomi tillför en bank eget kapital kräver han en rimlig del av bankens vinst. Ett sätt att säkerställa detta är en motsvarande ändring av ägarförhållandena. På det sättet kan investeraren i rimlig utsträckning få del av bankens utdelningar och av en eventuell öppen eller dold värdeökning som följd av 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 WestLB, 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 ersättningen på 0,6 % är rimlig. Delstaten beslutade sig dock inte för att förfara på detta sätt.

(192) Enligt de tyska myndigheterna var det omöjligt att omfördela aktierna i WestLB på grund av transaktionen särskilda karaktär, framför allt på grund av planen med det slutna kretsloppet och delstatens (endast internt giltiga) prioriterade rätt till Wfa-nettotillgångarna i fall WestLB skulle likvideras som bankens ägare avtalat om.

(193) I detta fall borde dock delstaten i enlighet med den marknadsekonomiska investerarprincipen ha krävt en rimlig ersättning för överföringen av kapitalet. Om däremot delstaten avstår från en marknadsmässig ersättning, agerar den inte som en privat investerare i en marknadsekonomi och beviljar WestLB en fördel som utgör statligt stöd.

d) DET KAPITAL SOM SKALL LÄGGAS TILL GRUND FÖR BERÄKNING AV ERSÄTTNINGEN

(194) Enligt Tysklands och WestLB:s uppfattning är det endast den del av det godkända primära kapitalet som WestLB kan använda för att täcka sin affärsmässiga verksamhet som har ekonomiskt värde för banken. Därför kan delstaten kräva ersättning endast för denna del. BdB hävdar att det totala beloppet på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) är riskbärande och att ersättning därför bör betalas för detta belopp. Ersättningens storlek bör vara olika för det godkända primära kapitalet på 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) och restbeloppet på 1,9 miljarder mark (970 miljoner euro).

(195) Kommissionens rådgivare grundar sin bedömning på antagandet att Wfa:s värde vid tiden för överföringen av tillgångarna uppskattades till 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) och att en privat investerare i en marknadsekonomi därför i princip skulle begära ersättning för detta belopp, oberoende av den senare utvecklingen, såsom

BAKred:s godkännande av kapitalet (eller endast en del av det) som primärt kapital. Avgörande för fastställandet av ersättningen för en kapitalinvestering är endast de förhållanden som rådde då beslutet om investeringen fattades, inte några senare skeenden. Kommissionens rådgivare medger dock att transaktionen skulle ha utvecklats annorlunda om den skett under marknadsmässiga förhållanden.

(196) Enligt kommissionens uppfattning kan ordningsföljden för de olika stegen i överföringen faktiskt peka på en lika hög ersättning för hela det kapital som redovisas i WestLB:s balansräkning. Först beslutade man om och genomförde överföringen, sedan bads BAKred att godkänna den särskilda Wfa-reserven som primärt kapital och ersättningen fastställdes inte förrän nästan två år efter beslutet om överföringen. Under marknadsmässiga förhållanden skulle dock ingen bank ha gått med på att taga upp Wfa med 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) i sin balansräkning och betala en enhetlig ersättning för detta belopp utan att först ta reda på om tillsynsmyndigheterna skulle godkänna beloppet som primärt kapital. Såsom även kommissionens externa sakkunniga framhåller skulle en rationellt handlande investerare helt visst inte ha agerat på detta sätt, dvs. samtycke till ett betydande kapitaltillskott utan att på förhand avtala om en lämplig metod för att fastställa ersättningen. Enligt kommissionens uppfattning kan dock händelseföljden förklaras av de särskilda omständigheterna i detta fall. Delstaten hade långsiktiga finansiella relationer med banken och var huvudägare i den. Det fanns endast ett litet antal ägare (alla offentliga), vilket i praktiken betyder att det krävs mindre öppenhet och insyn än då det är fråga om ett företag som har ett stort antal ("utomstående") ägare eller är börsnoterat. På grund av dessa särskilda omständigheter kunde man besluta om överföringen av tillgångarna och fastställa den slutgiltiga ersättningen först då det stod klart i vilken mån Wfa-tillgångarna faktiskt var användbara för konkurrensutsatt bankverksamhet.

(197) För att fastställa en rimlig ersättning bör man skilja mellan de olika delarna av den särskilda Wfa-reserven i enlighet med deras respektive nytta för WestLB. 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) uppfördes som eget kapital i WestLB:s balansräkning. 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) godkändes av BAKred som primärt kapital. Endast 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro) av dessa medel står till förfogande för WestLB för utvidgning av verksamheten, och bör utgöra den primära grunden för ersättningen till delstaten. Det resterande godkända primära kapitalet till ett belopp av 1,5 miljarder mark (770 miljoner euro) redovisas i balansräkningen, men behövs för att täcka Wfa:s stöd till bostadsbyggande. Ett belopp på 1,9 miljarder mark (970 miljoner euro) ingår i balansräkningen men är inte godkänt som eget kapital för kapitaltäckningsändamål. Följaktligen uppgår det belopp som redovisas i WestLB:s balansräkning, men inte kan användas för att utvidga de konkurrensutsatta verksamhetsområdena, till 3,4 miljarder mark (1,74 miljoner euro).

(198) Men eget kapital är inte betydelsefullt endast i fråga om tillsyn. Storleken på det egna kapital som redovisas i balansräkningen ger bankens investerare även upplysningar om dess soliditet och påverkar på så sätt de villkor på vilka banken kan skaffa sig lån utifrån. Tvärt emot Tysklands och WestLB:s argumentation beaktar fordringsägare och kreditvärderingsföretag inte endast den godkända kapitalbasen, utan bankens totala ekonomiska och finansiella läge. Den godkända kapitalbasen utgör endast en del av den analys med vars hjälp bankens kreditvärdighet bedöms. Beloppet på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) fastställdes av delstaten och WestLB som det sannolika värde som skulle kunna uppnås vid en eventuell försäljning av Wfa till tredje part. Om denna metod inte hade varit rimlig skulle WestLB:s revisorer inte ha gått med på att beloppet kvarstod i balansräkningen. Det belopp på 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) som BAKred godkänt är resultatet av tillsynsmyndighetens mycket försiktiga värdering. Det bör påpekas att även i den värdering som utförts för BAKred:s räkning anges en marginal på 4-5,4 miljarder mark (2,05-2,76 miljarder euro). Därför uppfattar en potentiell fordringsägare hela beloppet på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) som säkerhet för sina pengar, vilket förbättrar WestLB:s kreditvärdighet. Denna positiva effekt på bankens kreditvärdighet av överföringen av tillgångarna konstaterades också i den värdering av Wfa som 1992 utfördes för WestLB:s räkning. Eftersom beloppet på 3,4 miljarder mark (1,74 miljarder euro) inte kan användas för att utvidga affärsverksamheten, men ändå förbättrar bankens anseende i fordringsägarnas ögon, kan dess ekonomiska funktion – även om det i balansräkningen redovisas som eget kapital – i detta avseende åtminstone jämföras med en garanti.

(199) Då följaktligen även beloppet på 3,4 miljarder mark (1,74 miljarder euro) är av ekonomisk nytta för WestLB, skulle en privat investerare i en marknadsekonomi ha krävt ersättning för det. Storleken på denna ersättning är säkerligen mindre än för den del på 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro) som är till större nytta för WestLB, eftersom den enligt kapitaltäckningsbestämmelserna även kan användas som kapitalbas för att utvidga bankens konkurrensutsatta verksamhet.

e) RIMLIG ERSÄTTNING FÖR KAPITALET

(200) Finansiella placeringar av varierande ekonomisk kvalitet kräver varierande avkastning. Vid undersökningen av om en placering är godtagbar för en investerare som agerar på normala marknadsmässiga villkor, måste man därför utgå från den särskilda ekonomiska karaktären hos den ifrågasatt kapitalåtgärden och värdet av det kapital som ställts till WestLB:s förfogande.

(201) Den klagande hävdade ursprungligen att den ifrågasatt transaktion är en statlig garanti från delstaten Nordrhein-Westfalens sida för WestLB:s skulder. WestLB redovisar dock det överförda kapitalet som eget kapital i sin balansräkning, och BAKred har godkänt ett belopp på

4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) som primärt kapital enligt kapitalbasdirektivet, varav WestLB kan använda 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro) för att täcka sin konkurrensutsatta verksamhet. En konsekvent bedömning av kapitalåtgärden enligt artikel 87.1 i EG-fördraget förutsätter därför att åtgärden i princip klassificeras som ett kapitaltillskott och att en motsvarande ersättning krävs. En och samma kapitalåtgärd kan inte ur tillsynsmässig synvinkel ses som en kapitalökning och enligt EG-fördragets regler om statligt stöd som en garanti. Denna principiella klassificering utesluter dock inte att kommissionen jämför en del av detta kapitalbelopp, som WestLB inte kan använda på samma sätt som " normalt " eget kapital på grund av dess särskilda karaktär, och för att beräkna en rimlig ersättning, med en garanti.

i) Jämförelse med andra kapitalinstrument

(202) Tyskland hävdar att eftersom en direkt jämförelse med andra transaktioner inte är möjlig bör den rimliga ersättningen för det kapital som ställts till förfogande fastställas genom att överföringen av tillgångar jämförs med olika instrument för eget kapital som finns på marknaderna. För detta ändamål har Tyskland lagt fram ett externt utlåtande, vars resultat redovisats ovan, och där man drar slutsatsen att Wfa-kapitalet bäst kan jämföras med vinstandelsbevis, "perpetual preferred shares" och passivt deläggande.

(203) Enligt kommissionens uppfattning är det emellertid på grund av transaktionens särskilda karaktär svårt att jämföra införlivandet av Wfa i WestLB med något av de instrument som vid den aktuella tidpunkten förekom på marknaderna. Transaktionen kan visserligen i några avseenden förete likheter med vissa instrument, men varje instrument innehåller så många olika aspekter att en jämförelse bara kan ha begränsad giltighet. De expertutlåtanden som Tyskland har lagt fram är dessutom inte fullständiga, eftersom en del relevanta instrument har lämnats obaktade, som exempelvis aktier utan rösträtt.

(204) 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. Genom överföringen av Wfa-tillgångarna ökades däremot WestLB:s kapitalbas för kapitaltäckningsändamål från 5,09 miljarder mark (2,6 miljarder euro) till 9,09 miljarder mark (4,65 miljarder euro), dvs. med 80 %. Om man endast betraktar ökningen med 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro), som WestLB kan använda för att täcka sin affärsverksamhet, innebär detta ändå en ökning av kapitalbasen med 50 %. Hybridinstrument anskaffades vid den aktuella tidpunkten vanligtvis till en andel av högst 20 %. Med ett av de instrument som jämförs skulle det inte varit möjligt att på samma sätt – och permanent – öka WestLB:s kapital ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Denna aspekt framhålls även av kommissionens externa sakkunniga, som kritiserar Tysklands utlåtanden för att de avhåller sig från alla hänvisningar till transaktionens storlek och jämför den med (volymmässigt) marginella instrument. Wfa-kapitalet bör snarare jämföras med instrument för primärt kapital som aktier utan rösträtt.

- (205) Det bör även påpekas att även kreditvärderingsföretagen ägnat sig åt ett slags "frivillig återhållsamhet" beträffande andelen egna medel härrörande från dessa instrument, genom att de hållit denna andel under noggrann uppsikt.
- (206) I detta sammanhang bör man framhålla att det relativt breda utbudet av hybridinstrument 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 Wfa till WestLB beslutades 1991 och 1993 då WestLB 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 från och med 1993). Följaktligen haltar jämförelsen av Wfa-kapitalet med sådana hybridinstrument, som till största delen utvecklades först senare och delvis endast stod till förfogande i andra länder. Även Tyskland självt förkastar (indirekt) en sådan jämförelse genom att hävda att kommissionen måste bedöma fallet på grundval av de förhållanden som rådde vid tiden för beslutet i slutet av 1991.
- (207) I Tysklands utlåtanden hävdas att en konkurs för WestLB är så osannolik att denna risk i praktiken kan lämnas obeaktad. Om denna argumentation tolkas bokstavligen, skulle det betyda att en investerare inte skulle få kräva någon rikspremie utöver avkastningen på riskfria statsobligationer för en investering i ett företag som uppfattas som säkert. Detta överensstämmer förvisso inte med förhållandena på marknaden. Även om konkursrisken för en viss finansiell placering kan vara mycket liten, beaktas den ändå av en privat investerare i en marknadsekonomi. Han kommer att kräva ett märkbart påslag för sådana investeringar i banker, liksom i fråga om andra "säkra" deläganden.
- (208) 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 Wfa-kapitalet är primärt kapital. Därför är Wfa-kapitalet av mycket större nytta för WestLB, eftersom banken med det kan skaffa sig supplementärt kapital (t.ex. vinstandelsbevis) till samma belopp och på så sätt utvidga sin kapitalbas. Dessutom skulle först vinstandelsbevisen och därefter Wfa-kapitalet återställas till sina nominella värden om förlustår skulle följas av vinstgivande år. Vidare står Wfa-kapitalet till WestLB:s förfogande utan någon begränsning i tiden, medan vinstandelsbevis vanligtvis 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 Wfa-tillgångarnas andel är relativt stor, kommer de att tas i bruk relativt snabbt om stora förluster uppstår.
- (209) Av alla dessa skäl anser kommissionen att den jämförelse med hybridinstrument för eget kapital som Tyskland gör gällande på grund av Wfa-kapitalets särskilda egenskaper inte är lämplig som grund för att bestämma värdet av en rimlig ersättning för Wfa-kapitalet ⁽¹⁾.
- (210) Beträffande förhållandet mellan Wfa-kapitalet och de andra instrumenten för eget kapital hävdar BdB att överenskommelsen mellan WestLB:s ägare om efterställdhet i huvudavtalet är ogiltig, eftersom den skadar tredje man genom att man avtalat om att den särskilda Wfa-reserven – vid eventuella förluster för WestLB – får användas först efter WestLB:s övriga egna kapital. Den tyska regeringens och WestLB:s argumentation kan dock förstås så att överenskommelsen endast gäller förhållandet mellan den särskilda Wfa-reserven och det övriga primära kapital som ägarna ställt till förfogande, dvs. grundkapital och reserver, och att avsikten inte var att göra Wfa-kapitalet efterställt i förhållande till supplementärt kapital som vinstandelsbevis och efterställda lån.
- ii) **Likviditetsnackdelar**
- (211) Tysklands och WestLB:s argument om likviditetsnackdelarna kan i princip bifallas. 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

⁽¹⁾ I det externa utlåtande som utarbetats för kommissionens räkning bekräftas denna uppfattning. I det behandlas även olika enskilda värderingar, som förekommer i Tysklands utlåtande. Exempelvis framträder "kupongeffekten" i ett annat ljus då det konstateras att hela kapitalet och inte endast en del av det skulle gå förlorat vid eventuellt löpande förluster eller likvidation. I utlåtandet pekas dessutom på två subjektiva aspekter i Tysklands utlåtanden: Å ena sidan, sägs det i slutsatsen, används marknadsuppgifter selektivt och å andra sidan ersätts marknadsuppgifterna delvis av uppgifter som författarna hämtat ur sina egna erfarenheter utan att detta uttryckligen anges.

och 11,5 gånger betalda räntor på detta kapitalminus bankens övriga kostnader (t.ex. förvaltningskostnader) vinsten på det egna kapitalet⁽¹⁾. Eftersom Wfa-kapitalet till att börja med inte ger WestLB någon likviditet – emedan de överförda tillgångarna och alla Wfa:s intäkter enligt lag är förbehållna stödet till bostadsbyggande – har WestLB ytterligare finansieringskostnader motsvarande kapitalbeloppet för att fullständigt kunna utnyttja de affärsmöjligheter som banken får genom det supplementära kapitalet, dvs. för att utvidga de riskjusterade tillgångarna med 12,5 gånger kapitalbeloppet (eller att bevara befintliga tillgångar av denna storlek)⁽²⁾. En privat investerare i en marknadsökonomi kan inte förvänta sig att få samma ersättning som vid tillskjutande av kontanta medel.

- (212) Till skillnad från WestLB och Tyskland anser dock inte kommissionen att hela räntesatsen för refinansieringen bör beaktas. Refinansieringskostnader är driftskostnader och minskar därför den beskattningsbara inkomsten. Nettoresultatet för banken minskas 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 WestLB till följd av det överförda kapitalets särskilda egenskaper. Sammanfattningsvis medger kommissionen således att WestLB får extra "likviditetskostnader" motsvarande "refinansieringskostnaderna minus skatt".

iii) **Rimlig ersättning för beloppet 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro)**

- (213) En rimlig ersättning för det egna kapital som ställts till förfogande kan utan tvivel i princip beräknas på olika sätt. Som nedan visas bygger dock alla metoder för att räkna ut ersättningen för eget kapital som ställts till förfogande på samma grundläggande principer. Med dessa grundläggande principer som utgångspunkt har kommissionen använt ett tillvägagångssätt för beräkningen i två steg: först har den minimiersättning som en investerare skulle förvänta sig för en (teoretisk) aktieinvestering i WestLB fastställts. Därefter har man undersökt om ett påslag eller ett avdrag skulle ha överenskommit på marknaden på grund av de speciella särdrag som den berörda transaktionen uppvisar och om kommissionen i så fall kan kvantifiera denna på ett sätt som är metodiskt vederhäftigt.

Beräkning av förväntad minimiersättning för en aktieinvestering i WestLB

- (214) Avkastningen på en given investering samt investeringsrisken är avgörande faktorer för en marknadsmässigt handlande investerares investeringsbeslut. För att bedöma storleken på dessa båda faktorer tar investeraren med all

den information om bolagen och marknaden som står till förfogande i sin beräkning. 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 som omfattas av investeringen, företagsledningens strategi och kvalitet eller de relativa framtidsutsikterna för den berörda branschen.

- (215) 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 ifrågasvarande fallet kan man utgå ifrån att det förekommer en avsevärd mängd alternativ till den teoretiska investeringen, som erbjuder en högre förväntad avkastning vid samma risk.

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

Rimlig minimiavkastning på en riskinvestering

=

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.

- (217) 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:

⁽¹⁾ I verkligheten är situationen naturligtvis mycket mer komplicerad, exempelvis på grund av poster utanför balansräkningen, olika riskvikter för tillgångar och poster utan risk. Det berör dock inte resonemanget i princip.

⁽²⁾ 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 primärt kapital).

— *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.

- *Finansieringsmodell med Compound Annual Growth Rate:* Det centrala i denna modell är att man använder ett geometriskt i stället för ett aritmetiskt medelvärde (Compound Annual Growth Rate).
- *Capital Asset Pricing-modellen (CAPM):* CAPM är den mest kända och oftast testade modellen inom modern finansekonomi och den kan användas för att beräkna en investerarens förväntade avkastning med följande formel:

Minimiavkastning

=

riskfri bassats + (marknadsriskpremie × beta)

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

(218) CAPM är den förhärskande metoden för att beräkna avkastningen på investeringar för stora, börsnoterade företag. Eftersom WestLB 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.

(219) Kommissionen har fått sex olika utlåtanden med beräkningar av riskpremier respektive sammanlagd avkastning på investeringar enligt olika metoder. Inte i något av dessa utlåtanden har riskpremien för införlivandet av Wfa i WestLB beräknats direkt, utan utifrån ett antagande om en (teoretisk) aktieinvestering i WestLB.

- *Utlåtande från Ernst&Young* den 11 september 1995/28 augusti 1997: Ernst&Young (1995) som tillämpar finansieringsmodellen, beräknar de faktiska kapitalkostnaderna på grundval av prisförändringen av aktiekursen (kursvinster och -förluster) och de utbetalda utdelningarna (utdelningsavkastning). Investerarens avkastningskrav definieras sedan som det aritmetiska medelvärdet av de historiska kapitalkostnaderna.

- *Associés en Finance* fastställde i sitt utlåtande från oktober 1999 på uppdrag av WestLB och på grundval av den s.k. Securities Market Line-modellen en minimiersättning på mellan 10 och 11 % för en

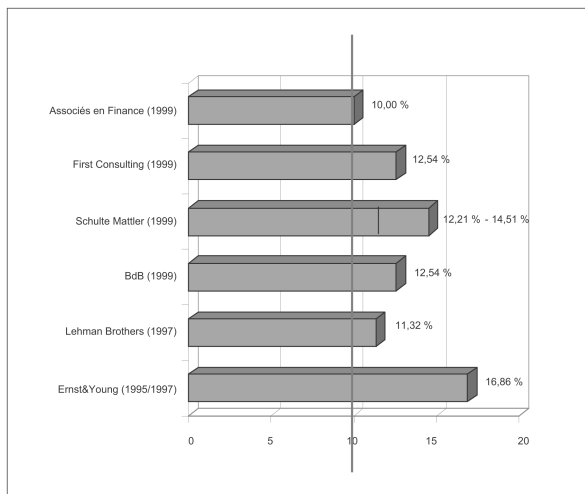
aktieliknande investering i WestLB vid tiden för införlivandet.

- *BdB:s utlåtande* från den 14 januari 1999: BdB använde för sin beräkning geometriska medelvärden för kostnaderna för att anskaffa eget kapital hos de fyra stora tyska affärsbankerna Deutsche Bank, Dresdner Bank, Commerzbank och Bayerische Vereinsbank, enligt finansieringsmodellen med *Compound Annual Growth Rate* tillsammans med Ernst&Youngs uppgiftspool för alla tänkbara investeringsperioder mellan 1982 och 1992. De genomsnittliga kostnaderna för att anskaffa eget kapital för dessa jämförda banker uppgår till 12,54 %, vilket motsvarar investerarens förväntade avkastning.

- *Utlåtande från Lehman Brothers* av den 8 juli 1997 på uppdrag av WestLB, *utlåtande från Professor Schulte-Mattler* av den 14 januari 1999 på uppdrag av BdB, *utlåtande från First Consulting* av den 18 juni 1999 på uppdrag av kommissionen: Dessa konsulter, som alla använder CAPM, fastställde till att börja med en marknadsriskpremie för den tyska aktiemarknaden för tiden vid slutet av 1991. De kommer i genomsnitt fram till en premie på 4–5 % (Lehman Brothers 4 %, Professor Schulte-Mattler 5 % och First Consulting 4–5 %). Även delstaten Nordrhein-Westfalen, WestLB och den klagande BdB utgick från en marknadsriskpremie på 4 % i den inlägga som de överlämnade till kommissionen den 13 oktober 2004. Därefter gjorde konsulterna ett överslag av WestLB:s betavärde, dvs. WestLB:s individuella riskpremie. Med denna faktor anpassades den allmänna marknadsriskpremien till WestLB. Eftersom WestLB i slutet av 1991 inte var något börsnoterat aktiebolag kunde dess betavärde inte beräknas statistiskt. Därför utgår konsulterna från antagandet att WestLB:s betavärde är detsamma som betavärdet för jämförbara banker som handlas på börsen. Professor Schulte-Mattler fastställde med hjälp av uppgifter från den tyska centralbanken en betafaktor för affärsbankerna i Tyskland i slutet av 1991 till 1,25 (på grundval av årsuppgifter) och 1,1 (på grundval av månadsuppgifter). WestLB:s konsulter, Lehman Brothers, använde däremot inte betavärdena för samtliga tyska kreditinstitut utan utgick från IKB Deutsche Industriebank och BHF-banken som uppgick till 0,765. Lehman Brothers kom därmed fram till en totalt sett lägre riskpremie för WestLB. Även den klagande BdB accepterade i sitt ställningstagande av den 13 oktober 2004 en betafaktor på 0,76 % som sakligt korrekt och kom därför fram till en minimiersättning på 10,19 %, vilket avviker från den siffran som förekommer i inlagan av den 14 januari 1999.

(220) I nedanstående figur är resultaten av alla utlåtanden sammanfattade. När man använder ovannämnda metoder

för att räkna ut den förväntade avkastningen på en riskinvestering får man således fram följande minimiavkastningsvärden för en aktieinvestering i WestLB:



- (221) Slutsatsen som kan dras av de utlåtanden och ställningstaganden som finns till förfogande är att minimiavkastningen för en (tänkt) aktieinvestering i WestLB vid den relevanta tidpunkten för överföringen ligger mellan 10 och 13 %⁽¹⁾. Endast två utlåtanden utgår från en betydligt högre minimiavkastning. Under samtalen mellan den klagande BdB, delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB AG i juli 2004 fastställdes en rimlig ersättning till 10,19 %. Detta värde ligger inom det marknadsspann som beräknats ovan. Kommissionen har därför beslutat sig för att frånga sitt första beslut i WestLB-ärendet från år 1999, som baseras på en årlig minimiersättning på 12 %, och i stället använda det värde på 10,19 % per år som har beräknats av parterna som marknadsmässig ersättning för en aktieliknande investering i WestLB den 31 december 1991. Kommissionen fastställer således ett värde på 10,19 % per år (efter bolagsskatt men före investerarskatt) som rimlig minimiersättning för överföringen av Wfa-tillgångarna.

Avdrag på avkastningen på grund av bristande likviditet

- (222) WestLB uppgav under förfarandet till att börja med att dess refinansieringskostnader vid tiden för överföringen av tillgångarna på grund av bankens finansiella struktur uppgick till 9,2 %. Under förfarandets gång har WestLB och den tyska regeringen i flera olika skrivelser och diskussioner nämnt refinansieringsräntor på 7,0 % och 7,5 %⁽²⁾. I sin överenskommelse har parterna i enlighet med den av dem beräknade långfristiga riskfria basräntesatsen för tidpunkten den 31 december 1991 fastställt en räntesats på 7,15 %. Dessutom hade parterna enats om att utgå från en fast skattesats på 50 %. På motsvarande sätt kommer parterna fram till en refinansieringssats netto på 3,57 % för den del av Wfa-kapitalet som står till förfogande

⁽¹⁾ Denna teori får även stöd genom uttalanden och undersökningar som har gjorts av investmentbanker och konsultföretag om faktisk och förväntad avkastning på eget kapital. Salomon Brothers bedömer att avkastningsnivån för eget kapital för de flesta europeiska banker ligger mellan 10 och 14 %, Meryll Lynch att nivån för olika tyska banker ligger runt 11,8 %, WestLB Panmure mellan 11,8 och 12,3 %.

⁽²⁾ I beslutet att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget uppgav kommissionen på grundval av de uppgifter som WestLB vid denna tidpunkt lagt fram en preliminär räntesats på 7 %.

som säkerhet för den konkurrensutsatta verksamheten och därmed till ett motsvarande likviditetsavdrag.

- (223) På grund av det faktum att de nämnda beloppen faller inom de ramar Tyskland redan anført, har kommissionen ingen anledning att betrakta beloppen som olämpliga och lägger dessa belopp till grund för beräkningen av stödinslaget. Kommissionen hade visserligen i sitt första WestLB-beslut godkänt den långfristiga riskfria räntesatsen för tyska statsobligationer med tio års löptid, som vid utgången av 1991 låg på 8,26 %, som minsta refinansieringskostnader brutto. Vid denna räntesats rör det sig emellertid om ett synsätt utifrån ett visst bestämt referensdatum och ingen hänsyn tas därvid till att Wfa-kapitalet ständigt skulle stå till WestLB:s förfogande. Vid sina förhandlingar om den långfristiga riskfria basräntesatsen avstod parterna därför från att använda en riskfri avkastning med referensdatum – som iaktogs på marknaden vid överföringstidpunkten – för en fast investeringsperiod, eftersom ett sådant betraktelsesätt inte beaktade reinvesteringsrisken, 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 1970–1991, och kom på detta sätt fram till de ovan nämnda riskfria basräntesatserna på 7,15 % (31 december 1991).

- (224) Mot bakgrund av att investeringen i WestLB skulle ställas till förfogande permanent, verkar sättet att beräkna de riskfria basräntesatserna lämpligt i detta fall. Det använda REX10 Performance-indexet är dessutom allmänt erkänt som datakälla. De beräknade riskfria basräntesatserna verkar därför lämpliga.

- (225) Även av den anledningen har kommissionen nu beslutat att använda den av parterna beräknade långfristiga riskfria räntesatsen på 7,15 % den 31 december 1991 som minimikostnad för refinansiering brutto. Vid en fast skattesats på 50 %⁽³⁾ vid den berörda tidpunkten för överföringen, kommer kommissionen således fram till en refinansieringssats netto och därmed till ett motsvarande likviditetsavdrag på 3,75 % per år för den del av Wfa-kapitalet som stod till förfogande som säkerhet för den konkurrensutsatta verksamheten.

Påslag på avkastningen på grund av Wfa-överföringens särdrag

- (226) 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

⁽³⁾ Enligt handlingar som den tyska regeringen lagt fram uppgick bolagsskatten 1995 och 1996 till 42 %, till vilket kom solidaritetspåslaget på 7,5 %, dvs. totalt 49,5 %. Den totala skattesatsen minskade 1998 till 47,5 %. Det är först sedan 2001 som den totala skattesatsen bara utgjort 30,5 %.

därför undersökas om de särskilda kännetecknen, särskilt den konkreta riskprofil som sammanhänger med överföringen av Wfa-tillgångarna, föranleder en anpassning av den ovan fastställda minimisättningen på 10,19 % som en privat investerare skulle förvänta sig för en tänkt aktieinvestering i WestLB, och om kommissionen dessutom kan kvantifiera detta belopp med en tillräckligt säker metod. I detta sammanhang är det tre omständigheter som bör granskas: 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.

(227) 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 70 % av rösterna. Delstaten skulle med andra ord ha gått från att ha varit en minoritetsägare (med 42 % av rösterna) till att bli 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 marknads-ekonomiska investerarprincipen (också om risken mildrades genom interna avtal med andra ägare) kräva större ersättning. Detta märks tydligt när det är fråga om preferensaktier utan rösträtt. Den investerare som avstår från rösträtt erbjuds en högre förräntning på det insatta kapitalet samt förtur vid utdelningar. Med utgångspunkt från att ersättningen för preferensaktier är högre än den för stamaktier och i samklang med den klagande BdB, delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB AG, som efter sina förhandlingar i juli 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.

(228) Omfattningen av de överförda tillgångarna och den betydelse de hade för WestLB:s möjlighet att uppfylla kapitaltäckningsdirektivet har redan nämnts ovan. Genom införlivandet av Wfa fördubblades WestLB:s primärkapital, utan att några förvävs- eller förvaltningskostnader uppstod. I det aktuella ärendet utgjorde dock Wfa-kapitalets stora volym en indikation om transaktionens likhet med en aktiekapitaltransaktion, men detta var inte i sig själv utslagsgivande. Om man därför åter beaktade omfattningen på Wfa-överföringen som bas för ett påslag skulle denna faktor på ett otillbörligt sätt vägas in dubbelt. Kommissionen bortser därför i det aktuella ärendet – i motsats till i sitt

första WestLB-beslut – från ett möjligt påslag motiverat av kapitalvolymen.

(229) 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 ägarandelsbevis 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 apporategendom) på tillgångssidan i balansräkningen. På passivsidan motsvaras 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 kapitalbas 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 Wfa-tillgångarna har delstaten inte denna möjlighet. Trots det ser kommissionen till skillnad från i sitt tidigare WestLB-beslut i detta fall ingen anledning till ett ytterligare påslag. Delstaten hade visserligen ingen möjlighet att realisera det ekonomiska motvärdet genom att fritt handla med investeringen, men det var åtminstone principiellt möjligt att lösa ut Wfa-tillgångarna från WestLB och i förekommande fall uppnå en större avkastning genom att reinvestera i andra institut.

(230) På det hela taget anser kommissionen att ett avkastnings-tillägg på minst 0,3 % per år (efter skatt) är rimligt som kompensation för avståendet från ytterligare rösträtt (!).

Ingen nedsättning av avgiften på grund av avtalet om en fast ersättning

(231) När det gäller aktier beror ersättningen direkt på företagets resultat och den tar sig huvudsakligen uttryck i form av utdelningar och en andel i företagets värdestegring (t.ex. uttryckt i högre aktiekurser). Delstaten får en schablon-ersättning vars storlek bör avspegla båda dessa aspekter på ersättningen för ett "normalt" kapitaltillskott. Man kan hävda att den fasta ersättning som delstaten får i stället för en ersättning som skulle ha varit direkt knuten till WestLB:s resultat innebär en fördel som motiverar en minskning av ersättningens storlek. Huruvida en sådan fast ersättning faktiskt är fördelaktigare än en variabel, vinstrelaterad ersättning, beror på företagets resultat i framtiden. Om resultaten blir sämre är den fasta satsen till fördel för investeraren, men om de förbättras är den en nackdel. Den faktiska utvecklingen kan dock inte i efterhand användas

(!) I det expertutlåtande från First Consulting som det hänvisas till i fotnot 49 i det första WestLB-beslutet rekommenderades visserligen ett schablonmässigt påslag på sammanlagt 1–2 % för var och en av de ovannämnda aspekterna men därvid beaktades inte att man redan hade tagit hänsyn till volymen vid fastställandet av det faktum att transaktionen företedde likheter med en aktietransaktion. Vad beträffar funktibilitetsaspekten har First Consulting enligt kommissionens förmenande underlåtit att ta hänsyn till att investeringen, även om den inte kan avyttras ändå kan lösas ut och därmed i princip reinvesteras.

för att bedöma beslutet om att göra investeringen i fråga. I det föreliggande fallet bör man även betänka att ersättningen uteblir om banken går med förlust och att beslutet om kumulativa betalningar i efterhand fattas av WestLB. Ersättningens fasta karaktär är därför inte en sådan fördel för investeraren som gör att denne därför skulle ha nöjt sig med en mindre ersättning. På grundval av ovanstående resonemang anser kommissionen att avgiftssatsen inte skall minskas på grund av detta.

(232) Det bör även nämnas att den ersättning som skall betalas för det tillförda kapitalet normalt avtalas mellan företaget och investeraren. I det föreliggande fallet fastställdes uppenbarligen storleken på den ersättning som WestLB skall betala av bankens ägare, vilket framstår som ovanligt. Ersättningens storlek bör inte vara beroende av vad de andra ägarna är beredda att godta, utan av risken för delstaten och nyttan för WestLB. Tyskland har inte heller lagt fram något bakgrundsmaterial om förhandlingarna om ersättningen och beräkningen av dess storlek. Tyskland påpekar förvisso med rätta att endast resultatet, dvs. ersättningens storlek, spelar någon roll vid kommissionens stödrättsliga bedömning, inte det sätt på vilket resultatet kommit till stånd. Ur kommissionens synvinkel kan dock det sätt på vilket ersättningen fastställts och de överväganden som spelat en roll i detta sammanhang definitivt ge en antydning om i vilken utsträckning delstaten agerat enligt den marknadsekonomiska investerarprincipen.

(233) Vidare avtalade WestLB:s ägare att ersättningens storlek skulle fastställas först när WestLB:s resultat från åren från och med 1992 förelåg. Enligt kommissionens uppfattning bör bankens ekonomiska resultat inte ha någon betydelse för att bestämma storleken på schablonersättningen. En sådan ersättning bör definitivt inte vara beroende av den vinst som WestLB kan generera, utan av risken för delstaten och den potentiella nyttan för banken av överföringen av tillgångarna. En privat investerare i en marknadsekonomi skulle inte vara villig att godta en lägre schablonersättning på grund av sämre resultat i det ifrågasvarande företaget. Denna överenskommelse tyder följaktligen inte på ett agerande i enlighet med den marknadsekonomiska investerarprincipen.

(234) Under kommissionens förberedande undersökning fördes förhandlingar mellan de klagande och WestLB med målet att uppnå en lösning utan att genomföra förfarandet enligt artikel 88.2 i EG-fördraget, dvs. att utifrån en gemensam grundval komma fram till en ersättning som kunde anses vara marknadsmässig. Diskussionerna gav inget resultat. Under förhandlingarnas gång föreslog WestLB emellertid att delstaten förutom den redan avtalade schablonersättningen på 0,6 % även skulle tillerkännas rätten till att vid en eventuell likvidation av WestLB få ut en rimlig kompensering för den värdetillväxt som banken fått genom utvidgningen av sin affärsverksamhet tack vare överföringen av Wfa-tillgångarna, dvs. delstaten skulle beviljas en extra andel av WestLB:s disponibla och dolda reserver. Detta tyder på att värdet av det tillförda kapitalet i själva verket var större för WestLB än vad som framgår av den avtalade

ersättningen. Det avtalades dock inte om en sådan andel av likvidationsvärdet. En privat investerare i en marknadsekonomi skulle inte heller acceptera en sådan hypotetisk ersättning, eftersom han i fråga om ett långsiktigt företag som WestLB aldrig skulle kunna lösa in den. Därför skulle den vara värdelös för honom.

Sammanlagd ersättning

(235) På grundval av ovanstående och i överensstämmelse med den klagande BdB, delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB AG drar kommissionen slutsatsen att en rimlig ersättning för det ifrågasvarande kapitalet skulle uppgå till 6,92 % (efter bolagsskatt), nämligen 10,19 % (efter bolagsskatt) i form av normal avkastning på den ifrågasvarande investeringen plus påslaget på 0,3 procentenheter (efter bolagsskatt) för transaktionens särskilda karaktär minus 3,75 % (efter bolagsskatt) på grund av de finansieringskostnader som uppstår för WestLB på grund av de överförda tillgångarnas bristande likviditet.

iv) **Rimlig ersättning för beloppet 3,4 miljarder mark (1,74 miljarder euro)**

(236) Såsom redan visats är även andelen eget kapital på 3,4 miljarder mark (1,74 miljarder euro) av ekonomisk betydelse för WestLB och dess 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.

(237) I sitt beslut att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget nämnde kommissionen en räntesats på 0,3 %, som Tyskland nämnt som en rimlig växelborgensavgift (Avalprovision) för en bank som WestLB. I detta avseende bör dock två faktorer beaktas. För det första överstiger beloppet på 3,4 miljarder mark (1,74 miljarder euro) det som normalt täcks genom sådana bankgarantier. För det andra är bankgarantier vanligtvis knutna till bestämda transaktioner och begränsade i tiden. Wfa-reserven står däremot till WestLB:s förfogande på obegränsad tid. Dessa båda faktorer nödvändiggör en höjning av ersättningen till omkring 0,5-0,6 %. Eftersom garantiavgifter normalt utgör driftsutgifter och därför minskar den beskattningsbara vinsten, medan den ersättning som delstaten får för Wfa-kapitalet betalas av vinsten efter skatt, bör ersättningsnivån justeras i enlighet med detta. Sammanfattningsvis anser kommissionen att en ersättningsnivå på 0,3 % efter skatt utgör en korrekt ersättning för detta slag av kapital.

v) **Synergieffekter**

(238) De tyska myndigheterna menar att den egentliga anledningen till överföringen var de potentiella synergieffekterna och inte behovet att öka WestLB:s eget kapital. Det är fullt möjligt att man redan på 1970-talet börjat diskutera effektiviteten i stödet till bostadsbyggandet. Trots denna långa och djupgående diskussion genomfördes överföringen först 1991, då WestLB:s kapitalbehov tvingade de offentliga ägarna att göra något åt saken. Av handlingarna –

särskilt av de relevanta handlingarna om lagen om överföringen samt lagens motivering och protokollen från debatterna i delstatsparlamentet – framgår otvetydigt att det egentliga syftet med överföringen var att ge WestLB en kapitalbas som uppfyllde de nya kapitaltäckningsreglerna. Synergieffekter sågs som en positiv (bi-)effekt, men var vid denna tid säkerligen inte den viktigaste anledningen till transaktionen.

(239) De tyska myndigheterna och WestLB hävdar att delstaten inte bara skulle ha fått en betalning motsvarande 0,6 % av beloppet på 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro) utan dessutom kunde tillgodoräkna sig cirka 30 miljoner mark (15 miljoner euro) årligen tack vare de synergieffekter som kunde utnyttjas genom överföringen och införlivandet av Wfa samt WestLB:s övertag av Wfa:s pensionsåtaganden till ett belopp på 33 miljoner mark (17 miljoner euro). De besparingar som kunde göras tack vare samverkansvinster härrörde från sammanslagningen mellan Wfa och WestLB:s f.d. avdelning för främjande av bostadsbyggande, som gjorde det möjligt att effektivisera delstatens organisation för främjande av bostadsbyggande och spara in på personal.

(240) Synergieffekter är en normal följd av en sammanslagning. Det är dock inte klart hur sådana samverkansvinster kan förenas med den idé om ett slutet kretslopp som delstaten gjort gällande och Wfa:s konkurrensneutralitet. I den mån samverkansvinster var möjliga efter överföringen, trots att de båda enheterna förblivit klart avskilda från varandra, och var resultatet av sammanslagningen av Wfa med WestLB:s avdelning för stöd till bostadsbyggande, som redan tidigare uteslutande arbetade för Wfa, är det svårt att förstå varför sådana samverkansvinster inte skulle ha varit möjliga även utan överföringen.

(241) Om för övrigt sådana synergieffekter och besparingar uppstår för Wfa, gynnar de stödet till bostadsbyggandet genom minskning av kostnaderna (och gynnar därmed även delstaten), men kan inte ses som en motprestation från WestLB:s sida för tillhandahållandet av primärt kapital. Eftersom dessa synergieffekter varken minskar det överförda kapitalets användbarhet för WestLB eller ökar WestLB:s kostnader för överföringen, torde synergieffekterna inte heller ha någon inverkan på storleken på den ersättning som en privat investerare i en marknadsekonomi kan kräva av banken för det egna kapital som ställts till förfogande. Även om det var fråga om en faktisk fördel för delstaten till följd av synergieffekter skulle alla konkurrenter på grund av konkurrensen ha varit tvungna att "betala" delstaten en "ersättning" för det finansiella instrumentet (Wfa) i form av sådana fördelar förutom en rimlig ersättning för det tillhandahållna egna kapitalet.

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

(243) Om WestLB skulle ha betalat för Wfa:s pensionsåtaganden, som minskar Wfa:s årliga utgifter, så kan sådana

betalningar inte anses vara synergieffekter till följd av fusionen. De kan dock ses som en indirekt ersättning som WestLB betalar åt delstaten. Fördelarna borde uppstå inom ramen för stödet till bostadsbyggande och följaktligen öka de medel som där står till förfogande.

(244) Kommissionen anser således att de synergieffekter som gjorts gällande inte är en ersättning som WestLB betalat för överföringen av Wfa; men är dock villig att anse att det belopp på 33 miljoner mark (17 miljoner euro) som WestLB betalade 1992 för Wfa:s pensionsåtaganden är en del av den ersättning som betalats för överföringen.

f) INTEGRERING AV VERKSAMHETSÅRET 2002

(245) Kommissionen anser för övrigt tvärt emot parterna i överenskommelsen att även en del av år 2002 bör räknas in i beräkningen av stödslaget, nämligen fram till den 1 augusti 2002. Tyskland har visserligen vid upprepade tillfällen förklarat att, p.g.a. de retroaktiva effekter som uppstod på balansräkningen och vinst- och förlusträkningen genom det genom lag stipulerade införlivandet av Wfa med Landesbank Nordrhein-Westfalen den 1 januari 2002, situationen med statligt stöd skulle anses ha upphört från den dagen. Oavsett effekterna på balansräkningen stod dock Wfa:s kapital i praktiken till WestLB:s förfogande för att täcka bankens konkurrensutsatta verksamhet. För den fråga som här skall tas ställning till är detta den avgörande omständigheten.

(246) Framförallt är det inget övertygande argument att inte bara beloppen från Wfa och den byggfrämjande verksamheten utan även hela den offentliga värdepappershandeln p.g.a. de nya reglerna redan den 1 januari 2002 övergick till delstatsbanken och att dessa omsättningsförluster för WestLB, som står i samband med den framtida lösningen för Wfa, redan var betydligt högre än den rimliga ersättningen för Wfa-kapitalet, vilket bör godtas som lämplig kompensation. Kommissionen har kommit fram till slutsatsen att den nackdel som uppstod genom uppdelningen av den allmännyttiga investeringsverksamheten och den offentliga värdepappershandeln inte kan sägas utgöra en ersättning för det nyttjande av Wfa-kapitalet som ägde rum fram till den 1 augusti 2002. Kapitalet från Wfa användes ju inte bara för att täcka den allmännyttiga investeringsverksamheten och den offentliga värdepappershandeln utan hela WestLB:s konkurrensutsatta verksamhet. WestLB måste därför betala en proportionell del av ersättningen på 6,92 % fram till den 1 augusti 2002.

g) STÖDSLAGET

(247) På grundval av beräkningarna ovan anser kommissionen att det är marknadsmässigt med en årlig avkastning på 6,92 % efter skatt för den del av kapitalet som WestLB kan använda för att täcka sin affärsverksamhet, dvs. 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro) vid utgången av 1993, och på 0,3 % efter skatt för skillnaden mellan denna del och det belopp på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro), som i WestLB:s balansräkning redovisas som eget kapital, dvs. 3,4 miljarder mark (1,74 miljarder euro) vid utgången av 1993.

(248) WestLB betalade en ersättning på 0,6 % endast på det belopp som banken kunde använda som täckning för sin affärsverksamhet. Denna ersättning betalades första gången för 1993. Såsom kommissionen förklarat godtar den WestLB:s betalningar 1992 för Wfa:s pensionsåtaganden som en extra ersättning till delstaten.

(249) Stödinslaget kan beräknas som skillnaden mellan de faktiska betalningarna och de betalningar som skulle motsvara de villkor som råder på marknaden.

(250) Tabell 5: Beräkning av stödinslaget

(i miljoner mark)

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
1. Andel av den särskilda reserven som står till WestLB:s förfogande	13	2 510	2 819	3 048	3 108	3 112	3 113	[...]	[...]	[...]	[...]
2. Restbelopp (skillnad mot 5 900 miljoner mark, för år 2002 i förhållande 7/12)	5 887	3 390	3 081	2 852	2 792	2 788	2 787	[...]	[...]	[...]	[...]
Ersättning på 6,92 % (efter skatt) för 1	0,9	173,7	195,1	210,9	215,1	215,4	215,4	[...]	[...]	[...]	[...]
Ersättning på 0,3 % (efter skatt) för 2	17,7	10,2	9,2	8,6	8,4	8,4	8,4	[...]	[...]	[...]	[...]
Total marknadsmässig ersättning	18,6	183,9	204,3	219,5	223,5	223,8	223,8	[...]	[...]	[...]	[...]
Faktisk ersättning (efter skatt)	33,1	15,1	16,9	18,3	18,6	18,7	18,7	[...]	[...]	[...]	[...] ⁽¹⁾
Stödinslag	- 14,5	168,8	187,4	201,2	204,9	205,1	205,1	208,6	209,3	209,3	128,6

(Totalt: 1 913,80 miljoner mark = 978,51 miljoner euro)

(¹) Enligt uppgifter från Tyskland betalade WestLB för hela år 2002 [...] mark. För den tidsperiod som ingår i bedömningen från den 1 januari till den 1 augusti 2002 [...] multiplicerat med faktorn 7/12) har således ett belopp på [...] betalats i ersättning.

4. SKATTEBEFRIELSE

(251) Såsom kommissionen förklarade i sitt beslut att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget, kan statligt stöd förekomma då ett visst företag befrias från den normala beskattning som drabbar dess konkurrenter. Då en konstruktion med en "institution inom en institution" inkluderar en allmännyttig, skattebefriad företagsenhet måste man vidta åtgärder för att se till att de ekonomiska effekterna av skattelättnaderna begränsas till den allmännyttiga institutionen och inte påverkar det konkurrensutsatta företaget

(252) WestLB behövde inte betala vare sig förmögenhetsskatt eller näringskatt på de överförda tillgångarna. Dessutom var Wfa:s affärsverksamhet befriad från företagsskatt också efter överföringen. Enligt Tysklands uppfattning skulle WestLB inte gynnas gentemot andra skattesubjekt av denna skattereglery och så skedde inte heller.

(253) De vinster som uppstår inom WestLB:s konkurrensutsatta verksamhet till följd av användningen av Wfa-kapitalet för beräkning av kapitaltäckningsgraden beskattas enligt normala regler. Endast vinsterna inom verksamheten till stöd för bostadsbyggande är befriade från skatt. Befrielsen från förmögenhets- och näringskatt var likaså begränsade till verksamheten inom stödet till bostadsbyggande. Det är inte kommissionens sak att avgöra om det är fråga om en överträdelse av de tyska bestämmelserna om skattebefrielse till förmån för allmännyttiga institutioner, utan dess uppgift är endast att på grundval av bestämmelserna i EG-fördraget bedöma om statligt stöd förekommer.

(254) Genom att Wfa inom WestLB befriats från förmögenhets-, närings- och bolagsskatt ökade Wfa:s vinster (eller minskade dess förluster). Den potentiella nödvändigheten för

delstaten att skjuta till extra kapital för stödet till bostadsbyggande minskade och värdet av Wfa:s nettotillgångar kunde eventuellt ökas. Eftersom Wfa endast behövde en viss del av denna (utvidgade) kapitalbas som primärt kapital för den egna verksamheten, kunde den del som stod till WestLB:s förfogande för att täcka bankens affärsverksamhet likaså växa med tiden. Men om denna del växer, ökas även grunden för den ersättning som skall betalas till delstaten. Om ersättningen hade fastställts till en rimlig nivå, skulle skattebefrielsen för stödet till bostadsbyggande inte ha lett till någon snedvridning av konkurrensen till förmån för WestLB. Enligt beräkningarna ovan uppgår den rimliga ersättningen till 6,92 % respektive 0,3 % årligen efter bolagsskatt.

5. AVSKRIVNING AV SKULDER

(255) Tyskland hävdar att befrielsen från ansvarsåtagandet inte påverkade delstatens finansiella läge negativt och inte utgjorde någon konkurrensfördel för Wfa eller WestLB. Eftersom Wfa-tillgångarna (fonden för stöd till bostadsbyggande) efter överföringen inte längre minskades varje år med de ifrågasvarande skulderna, skulle en avveckling av Wfa ha möjliggjort en större behållning som skulle ha tillfallit delstaten. Dessutom förklarade de tyska myndigheterna att BAKred utan denna avskrivning inte skulle ha godtagit 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) som primärt kapital för Wfa.

(256) Wfa:s värde har säkerligen ökat på grund av upphävandet av ansvarsåtagandet. Men eftersom den ersättning som WestLB skall betala grundade sig på värderingen av Wfa efter detta upphävande, dvs. att denna värdeökning beaktades, medförde upphävandet ingen fördel för WestLB, förutsatt att ersättningen är marknadsmässig.

6. ÅTGÄRDENS FÖRENLIGHET MED EG-FÖRDRAGET

(257) På grundval av redogörelsen ovan kan man konstatera att samtliga kriterier i artikel 87.1 i EG-fördraget är uppfyllda och att överföringen av Wfa följaktligen innehåller statligt stöd i den mening som avses i den nämnda artikeln. Utgående från detta måste man undersöka om stödet kan anses vara förenligt med den gemensamma marknaden. Det bör dock påpekas att den tyska regeringen med avseende på eventuella inslag av stöd i samband med överföringen av Wfa inte åberopat någon bestämmelse om undantag i fördraget.

(258) 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.

(259) 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.

(260) Eftersom WestLB:s ekonomiska fortbestånd inte stod på spel då åtgärden genomfördes, uppkommer inte frågan om ett sammanbrott för ett enstaka stort kreditinstitut i Tyskland som WestLB kunde leda till en allmän kris i banksektorn, vilket enligt artikel 87.3 b i EG-fördraget kan motivera stöd för att avhjälpa en allvarig störning i den tyska ekonomin.

(261) Enligt artikel 87.3. c i EG-fördraget kan stöd anses förenligt med den gemensamma marknaden om det underlättar utvecklingen av vissa näringsverksamheter. Detta skulle i princip även kunna gälla omstruktureringsstöd inom banksektorn. I det föreliggande fallet saknas dock förutsättningarna för att tillämpa denna undantagsbestämmelse. WestLB klassificeras inte som ett företag i svårigheter, som genom statligt stöd skulle hjälpas att återställa sin lönsamhet.

(262) 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" ⁽¹⁾ Det står dock klart att överföringen genomfördes för att göra det möjligt för WestLB att uppfylla de nya kraven på kapitalbas, och utan tanke på några tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Tyskland har för övrigt inte gjort gällande att WestLB genom överföringen av Wfa skulle kompenseras för att tillhandahålla bestämda tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Därför kan inte heller denna undantagsbestämmelse tillämpas i detta fall.

(263) Eftersom inget av undantagen från det principiella förbudet mot statligt stöd enligt artikel 87.1 i EG-fördraget är tillämpligt, kan stödet i fråga inte anses förenligt med den gemensamma marknaden.

VII. SLUTSATS

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

(265) Stödet kan varken enligt artikel 87.2 eller 87.3 eller enligt någon annan bestämmelse i EG-fördraget anses förenligt

⁽¹⁾ Denna rapport lades den 23 november 1998 fram för ekonomi- och finansministerrådet, men har inte offentliggjorts. Den kan fås från kommissionens generaldirektorat för konkurrens och läsas på kommissionens webbplats på Internet.

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 978,51 miljoner euro som Tyskland beviljade Westdeutsche Landesbank – Girozentrale, numera WestLB AG, mellan den 1 januari 1992 och den 1 augusti 2002 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.

Artikel 3

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

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

Räntan skall beräknas på grundval av de bestämmelser som anges i kapitel V i kommissionens förordning (EG) nr 794/2004 ⁽¹⁾.

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.

Utfärdat i Bryssel den 20 oktober 2004

På kommissionens vägnar

Mario MONTI

Ledamot av kommissionen

⁽¹⁾ EGT 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:

Utbetalningsdatum ^(*)	Stödbelopp ^(*)	Valuta	Stödmottagarnas identitet

^(*) Datum då stödet eller delutbetalningarna av stödet ställdes till stödmottagarens förfogande (använd separata rader om en åtgärd består av flera delutbetalningar).

^(*) Stödbelopp som ställts till stödmottagarens förfogande (i bruttobidragsekvivalenter).

Anmärkningar:

1.2. Förklara utförligt hur de räntor som skall betalas på det stöd som skall återkrävas kommer att beräknas.

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 eventuella rättsliga grunder för de vidtagna eller planerade åtgärderna.

2.2. När kommer återvinningen av stödet att vara genomförd?

3. **Stöd som redan återvunnits**

3.1. Ge följande upplysningar om de stödbelopp som redan återvunnits från stödmottagaren:

Datum ^(*)	Återbetalt belopp	Valuta	Stödmottagarnas identitet

^(*) Datum för återbetalning av stödet.

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

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 20 oktober 2004

om statligt stöd som Tyskland beviljat till förmån för Norddeutsche Landesbank – Girozentrale

[delgivet med nr K(2004) 3926]

(Endast den tyska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2006/738/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 ⁽¹⁾ i enlighet med ovanstående bestämmelser
och med beaktande av de synpunkter som därvid lämnats, och

av följande skäl:

I. FÖRFARANDE

- (1) Förfarandet avser en överföring av tre s.k. treuhandbolag (Landestreuhandstellen, LTS) via Niedersachsen till Norddeutsche Landesbank – Girozentrale (nedan kallad "NordLB"). Förfarandet hänger samman med sex andra förfaranden mot Tyskland avseende överföringar av tillgångar till delstatsbanker, särskilt Westdeutschen Landesbank Girozentrale (nedan kallad "WestLB").
- (2) Den 12 januari 1993 sände kommissionen Tyskland en begäran om upplysningar om en kapitalökning vid WestLB genom samgående med Wohnungsbauförderanstalt ("WfA") och liknande ökning av eget kapital vid delstatsbanker i andra delstater. I skrivelsen efterfrågade kommissionen upplysningar om vilka delstatsbanker som fått offentligt stöd, samt enligt vilka principer transaktionerna gjorts.
- (3) Tyskland inkom med svarsskrivelser den 16 mars 1993 och den 17 september 1993. Kommissionen begärde ytterligare upplysningar i skrivelser av den 10 november 1993 och den 13 december 1993 som Tyskland besvarade i en skrivelse av den 8 mars 1994.

- (4) Genom skrivelser av den 31 maj 1994 och den 21 december 1994 informerades kommissionen av Bundesverband deutscher Banken e.V. ("BdB"), som företräder affärsbanker med säte i Tyskland, om att Niedersachsen den 31 december 1991 överförde sin andel i fonden för bostadsbyggnad, jordbruk, och industri enligt lagen av den 17 december 1991 till NordLB. Eftersom ersättningen inte följt principen om marknadsekonomiskt agerande ansåg BdB att den därav följande ökningen av NordLB:s eget kapital snedvridit konkurrensen till detta företags fördel. I sin andra skrivelse anförde BdB därför ett formellt besvär och begärde att kommissionen skulle inleda ett förfarande mot Tyskland enligt artikel 93.2 i EG-fördraget (numera artikel 88.2). I februari och mars 1995 samt december 1996 anslöt sig flera enskilda banker till föreningens talan.

- (5) Kommissionen utredde först överlåtelsen av tillgångar till WestLB och förklarade att överlåtelserna till övriga banker, särskilt NordLB, skulle prövas med hänsyn till utfallet i WestLB-ärendet ⁽²⁾. Genom beslut 2000/392/EG ⁽³⁾ som togs 1999 i ärendet bedömdes stödet (skillnaden mellan den erlagda ersättningen och en marknadsmässig ersättning) vara oförenligt med den gemensamma marknaden, varför det måste upphöra. Beslutet hävdades av förstainstansrätten i en dom av den 6 mars 2003 med hänvisning till att två faktorer som använts vid beräkningen av den i och för sig ostridiga ersättningen inte motiverats tillräckligt. Den 20 oktober 2004 offentliggjorde kommissionen en överenskommelse mellan de klagande WestLB och Nordrhein-Westfalen i ett nytt beslut som tog hänsyn till kritiken i domstolens dom.

- (6) I anslutning till beslut 2000/392/EG översände kommissionen den 1 september 1999 en begäran om upplysningar till Tyskland angående överlåtelserna till de övriga delstatsbankerna. I en skrivelse av den 8 december 1999 lämnade

⁽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 T-233/99) och WestLB (mål T-228/99). Kommissionen har inlett ett överträdelseförfarande (mål C-209/00).⁽¹⁾ EUT C 81, 4.4.2003, s. 2.

Tyskland upplysningar om överlåtelsen av treuhandbolagen till NordLB, varefter kommissionen begärde ytterligare upplysningar i en skrivelse av den 22 januari 2001.

- (7) Den 1 mars 2001 begärde kommissionen ytterligare upplysningar, i synnerhet om kapitalöverföringarna via Niedersächsische Sparkassen- und Giroverband (NSGV) vilket Tyskland besvarade i en skrivelse av den 15 maj 2001.
- (8) 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 Niedersachsens fondtillgångar till NordLB. Samtidigt inledde kommissionen förfaranden avseende liknande överföringar till Bayerische Landesbank – Girozentrale, Landesbank Schleswig-Holstein – Girozentrale, Hamburgische Landesbank – Girozentrale och Landesbank Hessen-Thüringen. Kommissionen inledde redan i juli 2002 ett förfarande avseende en överföring till Landesbank Berlin.
- (9) Beslutet om att inleda förfarandet offentliggjordes i Europeiska gemenskapernas officiella tidning ⁽¹⁾. Kommissionen anmodade alla berörda parter att inkomma med synpunkter.
- (10) I en skrivelse av den 11 april 2003 inkom Tyskland med synpunkter på förfarandet avseende NordLB.
- (11) I en skrivelse av den 29 juli 2003 lade BdB fram sina synpunkter på alla beslut om att inleda förfaranden som tagits den 13 november 2002. I en skrivelse av den 30 oktober 2003 från förbundsregeringen i Nordrhein-Westfalen och WestLB AG gick Tyskland i svaromål mot BdB:s synpunkter på överföringen av treuhandbolagen till NordLB.
- (12) Ytterligare en begäran om upplysningar från kommissionen av den 1 september 2003 besvarades i en skrivelse av den 28 oktober 2003 där Tyskland bemötte BdB:s synpunkter om NordLB.
- (13) Den 7 april 2004 och den 3 maj 2004 riktade kommissionen ytterligare en begäran om upplysningar till Tyskland, som besvarades i skrivelser av den 27 maj 2004 och den 28 juni 2004. Den 16 augusti och den 9 september 2004 sände Tyskland kompletterande synpunkter till sina tidigare inlagor.
- (14) Den 19 juli 2004 lämnade de klagande BdB, Nordrhein-Westfalen och WestLB AG in ett utkast till överenskommelse om lämplig ersättning för de överförda medlen. Överenskommelsen skulle enligt dem kunna ligga till grund för kommissionens beslut. BdB, Nordrhein-Westfalen och

WestLB AG lämnade även in ett utkast till överenskommelse om lämplig ersättning för de överförda treuhandbolagens medel. Därefter inkom flera skrivelser från de berörda parterna och Tyskland till kommissionen. Den slutliga lydelsen av överenskommelsen om överföringen till NordLB av treuhandbolagens medel inkom till kommissionen den 7 oktober 2004.

II. NÄRMARE BESKRIVNING AV ÅTGÄRDERNA

1. NORDDEUTSCHE LANDESBANK – GIROZENTRALE

- (15) NordLB, som treuhandbolagen överfördes till, är ett offentligt kreditinstitut med offentligrättslig ställning och säte i Hannover, Braunschweig, Magdeburg och Schwerin. Med en koncernbalansomslutning på cirka 193 miljarder euro (per den 31 december 2003) är man en av Tysklands största banker. NordLB har cirka 9 500 anställda.
- (16) NordLB bildades 1970 genom en fusion mellan fyra offentligrättsliga kreditinstitut (Braunschweigische Staatsbank, Braunschweigische Landesbausparkasse, Hannoversche Landeskreditanstalt och Niedersächsische Wohnungskreditanstalt).
- (17) De kapitalöverföringar som är under utredning gjordes vid en tidpunkt då Niedersachsen ägde 60 % och Niedersächsische Sparkassen- und Giroverband (NSGV) 40 % av Norddeutsche Landesbank.
- (18) I två delstatsfördrag 1991 och 1992 enades förbundsländerna Niedersachsen, Sachsen-Anhalt och Mecklenburg-Vorpommern om att driva NordLB gemensamt. Från och med den 12 januari 1993 förändrades ägar- och garantstrukturen på följande sätt: Niedersachsen innehade 40 %, Sachsen-Anhalt 10 %, Mecklenburg-Vorpommern 10 %, NSGV 26,6 %, Sparkassenbeteiligungsverband Sachsen-Anhalt (SBV) 6,66 % och Sparkassenbeteiligungszweckverband Mecklenburg-Vorpommern (SZV) innehade 6,66 %.
- (19) Enligt villkoren i avtalet skall NordLB fungera som en central sparbank och affärsbank. Dessutom har man rätt att bedriva all övrig verksamhet som gynnar banken, innehavarna samt de kommunala sammanslutningarna i förbundsländerna. I Braunschweig ägnar sig NordLB åt sparbanksverksamhet. NordLB tillhandahåller finansiella tjänster för privatkunder, affärskunder, institutioner och statliga verk och är en betydande aktör på de internationella kapitalmarknaderna, både för egen räkning och för andra kreditinstitut. Liksom många andra tyska universalbanker äger också NordLB en rad andelar i finansinstitut och övriga företag.

⁽¹⁾ EUT C 81, 4.4.2003, s. 2.

(20) Banken NordLB är verksam på världens stora finans- och handelsplatser. Banken har ett börskontor i Frankfurt, filialer i London, New York, Singapore, Stockholm och Helsinki samt dotterbolag i Zürich, Luxemburg och Warszawa.

(21) År 2003 hade NordLB en kapitaltäckningsgrad på 11,5 % i eget kapital och 10,1 % inom koncernen. Det primära kapitalet uppgick till 7,1 % respektive 6,3 % inom koncernen som helhet. Avkastningen på eget kapital var år 2003 [...] (*) %.

2. TREUHANDBOLAGEN – LANDESTREUHANDSTELLEN (LTS)

(22) År 1948 inrättade Niedersachsen ett treuhandbolag som fick i uppgift att främja offentligt subventionerade bostäder. Enligt ett så kallat treuhandavtal mellan delstaten och NordLB övertog den sistnämnda förvaltningen av investeringsfonden och treuhandbolagets uppgifter. Enligt detta och två andra liknande treuhandavtal blev NordLB rättslig – men inte ekonomisk – innehavare och förvaltare av investeringsfonden för bostäder, jordbruk och näringsliv i delstaten. Subventionerade lån lämnades i eget namn men belastade delstaten ekonomiskt.

(23) De tre treuhandbolag som totalt fanns i delstaterna var inte rättsligt oberoende men drevs självständigt av NordLB i fråga om företagsekonomi, personalen, organisationen och affärsområdena. De tre treuhandbolagen är inte skyldiga att betala bolagsskatt, skatt på näringsverksamhet eller förmögenhetsskatt.

(24) LTS *Wohnungswesen* förvaltar en bostadsfond samt delstatsgarantier (Landesbürgschaften) som skall främja bostadsbyggandet. Framför allt subventioneras nybyggnationer, modernisering av fastigheter och hyreslokaler, samt fastighetsköp och andra förvärv.

(25) LTS *Agrar* förvaltar offentliga lån och bidrag som skall främja jordbruket, särskilt investeringar i jordbrukssektorn och åtgärder inom skogsbrukssektorn.

(26) LTS *Wirtschaft* beviljar och förvaltar lån och bidrag till näringslivet, huvudsakligen för små och medelstora företags investeringar samt för företagsbildning. Man använder gemenskapsinitiativet Interreg och är godkänd för finansiering inom ramen för "Joint European Venture".

3. KAPITALKRAV ENLIGT KAPITALBASDIREKTIVET

(27) Enligt rådets direktiv nr 89/647/EEG av den 18 december 1989 om kapitaltäckningsgrad för kreditinstitut ⁽¹⁾ (nedan kallat "kapitaltäckningsdirektivet") och rådets direktiv 89/299/EEG om kapitalbasen i kreditinstitut ⁽²⁾ (nedan kallat "kapitalbasdirektivet"), enligt vilka lagen om kreditväsendet reformerades, skall bankernas kapitalbas utgöra minst 8 % av de riskjusterade tillgångsposterna. Av detta skall minst fyra procentenheter bestå av s.k. primärt kapital, som omfattar de delar av kapitalet som står till obegränsat och omedelbart förfogande för att täcka bankens risker eller förluster när sådana uppkommer. Det primära kapitalet är ur tillsynsperspektiv avgörande för bankens tillgång till eget kapital, eftersom det supplementära kapitalet bara får täcka bankens risktransaktioner med högst det belopp bankens primära kapital uppgår till.

(28) Till den 30 juni 1993 skulle de tyska bankerna anpassa sina bestånd av garantikapital till de nya kraven enligt kapitaltäcknings- och kapitalbasdirektivet ⁽³⁾.

(29) Innan kapitaltäckningsdirektivet införlivades med tysk lagstiftning hade många delstatsbanker relativt litet eget kapital. De var därför i akut behov av att stärka den egna kapitalbasen för att inte företagsexpansionen skulle begränsas eller för att de åtminstone skulle kunna bevara sin befintliga affärsvolym.

(30) På grund av det ansträngda budgetläget kunde inte heller de offentliga ägarna tillskjuta nytt kapital, men de ville inte heller privatisera och anskaffa ytterligare kapital på kapitalmarknaderna. Därför beslutade man att överföra tillgångar och kapital, t.ex. tillgångarna i Nordrhein-Westfalens byggnadsfond till WestLB och de tidigare nämnda fondmedlen i de tre treuhandbolagen till NordLB.

⁽¹⁾ EGT L 386, 30.12.1989, upphävt och ersatt av riktlinje 2000/12/EG, EGT L 126, 26.5.2000.

⁽²⁾ EGT L 124, 5.5.1989, upphävt och ersatt av direktiv 2000/12/EG, EGT L 126, 26.5.2000.

⁽³⁾ 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 egna medel än den som gäller sedan kapitalbasdirektivet trädde i kraft.

(*) Konfidentiell uppgift.

4. ÖVERLÅTELSEN AV TREUHANDBOLAGEN OCH DESS FÖLJDER

a. ÖVERLÅTELSEN

- (31) Lagen (Gesetz über die Einbringung von Fördervermögen des Landes Niedersachsen in das haftende Eigenkapital der Norddeutschen Landesbank – Girozentrale) ⁽¹⁾ antogs av delstatsregeringen den 17 december 1991 och gav delstatens finansministerium befogenhet att till marknadspris överföra delstatens andel i de tre treuhandbolagens fondtillgångar till NordLB i form av eget kapital. Dessutom åtog sig delstaten att inte låta de överförda fondmedlen understiga ett marknadsvärde på minst 1,5 miljarder mark.
- (32) Enligt lagen ingick Niedersachsen och NordLB den 20 december 1991 ett överlåtelseavtal genom vilket delstaten helt överlät sin andel av fondmedlen till NordLB i form av eget kapital. Syftet med överföringen var att öka NordLB:s bankrättsliga kapitalbas med 1,5 miljarder mark.
- b) VÄRDET AV TREUHANDBOLAGEN (LTS)
- (33) Den 21 februari 1992 gav NordLB Treuarbeit AG i uppgift att beräkna värdet på de överförda tillgångarna per den 31 december 1991. De kom fram till att de överförda tillgångarna var värda 1,7544 miljarder mark och intygade att det belopp som överfördes och i NordLB:s balansräkning per den 31 december 1991 togs upp som eget kapital uppgick till 1,5 miljarder mark.
- (34) Värdet av de tillgångar som Niedersachsen tillförde NordLB anges i löpande priser. Nedanstående tabell visar det löpande värdet fram till slutet av 2003:

Beräkningsdag	Värde i miljoner mark
31.12.1991	1 754,4
31.12.1992	[...]
31.12.1993	[...]
31.12.1994	[...]
31.12.1995	[...]
31.12.1996	[...]
31.12.1997	[...]
31.12.1998	[...]
31.12.1999	[...]
31.12.2000	[...]
31.12.2001	[...]
31.12.2002	[...]
31.12.2003	[...]

- (35) Enligt utlåtandet från Treuarbeit AG ansökte NordLB hos Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAKred) om att

enligt bankrättsliga bestämmelser få reserven på 1,5 miljarder mark godkänd som eget kapital enligt artikel 10.2 KWG.

- (36) Den 26 juli 1993 godkände BAKred beloppet på 1,5 miljarder mark som primärt kapital. Sedan BAKred fått ett förtydligande från Niedersachsen om att dess andel i fondmedlen uppgick till minst 1,5 miljarder mark drog tillsynsmyndigheten den 22 november 1993 tillbaka sin tidigare invändning mot reserven. Innan treuhandbolagens fondtillgångar formellt hade godkänts som primärt kapital av BAKred godtog BAKred dock att fonden faktiskt användes som garanti i den mån det behövdes, enligt de då gällande kapitaltäckningsbestämmelserna.
- (37) Beloppet på 1,5 miljarder mark överfördes som en gemensam reserv till NordLB:s eget kapital, medan den dåvarande skillnaden mellan tillgångarnas värde bokfördes som en reserv för åtaganden enligt överlåtelseavtalet.
- (38) Tyskland uppger att cirka 100 miljoner mark av de överförda tillgångarna årligen användes som underlag för investeringsverksamheten. Resterande tillgångar stod till förfogande för NordLB:s konkurrensutsatta verksamhet efter godkännandet från BAKred. Innan BAKred lämnat sitt godkännande kunde bara den del av fondtillgångarna utnyttjas som faktiskt krävdes för att uppfylla kapitaltäckningsbestämmelserna.
- (39) Följande belopp stod till förfogande för den konkurrensutsatta verksamheten:

År 1992	Belopp som enligt Tyskland stod till förfogande för den konkurrensutsatta verksamheten, i miljoner mark
Januari	120
Februari	101
Mars	145
April	109
Maj	71
Juni	0
Juli	0
Augusti	0
September	0
Oktober	19
November	63
December	162

⁽¹⁾ Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 47/1991, S. 358.

År 1993	Belopp som enligt Tyskland stod till förfogande för den konkurrensutsatta verksamheten, i miljoner mark
Januari	133
Februari	133
Mars	207
April	147
Maj	174
Juni	1 143
Juli	1 222
Augusti	1 071
September	1 176
Oktober	1 204
November	1 149
December	1 197

Oavsett om tillgångarna enligt tillsynsbestämmelserna får utnyttjas eller inte skall NordLB enligt avtalet före varje bokföringsår meddela delstaten i hur hög grad man planerar att utnyttja treuhandbolagens bundna tillgångar (så kallad kapitalbelastning). För år 1992 planerade NordLB att utnyttja 180 miljoner mark. För 1993 anmäldes en planerad användning på 1,4 miljarder mark. Från och med 1994 uppgick det belopp som anmäldes till delstaten till det högsta belopp som fick utnyttjas i den konkurrensutsatta delen av verksamheten (differensen på 1,5 miljarder mark behövdes för investeringsverksamheten).

Beräkningsdag	Kapitalbelastning i miljoner mark
31.12.1991	—
31.12.1992	180
31.12.1993	1 400
31.12.1994	1 400
31.12.1995	1 390
31.12.1996	1 390
31.12.1997	1 390
31.12.1998	1 390
31.12.1999	[...]
31.12.2000	[...]
31.12.2001	[...]
31.12.2002	[...]
31.12.2003	[...]

c. FÖLJDER AV ÖVERFÖRINGEN AV TREUHANDBOLAGENS FONDER TILL NORDLB

(40) Tyskland uppger att NordLB per den 31 december 1991 hade 2,043 miljarder mark i primärt kapital och 543

miljoner mark i supplementärt kapital. I förhållande till det dåvarande egna kapitalet på sammanlagt 2,586 miljarder mark ökade investeringsförmågan med 1,5 miljarder mark i eget kapital eller 58 %.

(41) Möjligheten att expandera affärsvolymen med 100 % viktade risktillgångar ökade med en faktor på 12,5 – det vill säga cirka 17,5 miljarder mark. Eftersom de egna medlen ökade med cirka 1,4 miljarder mark ökade den tillåtna kreditvolymen ännu mer, eftersom risken för banktillgångar normalt inte kan anses vara 100 %. Ökningen av NordLB:s primära kapital gjorde det möjligt att anskaffa ytterligare supplementärt kapital, vilket indirekt ökade den faktiska kreditgivningskapaciteten ännu mer.

d) ERSÄTTNING FÖR ÖVERFÖRINGEN AV TREUHANDBOLAGEN

(42) Enligt artikel 7.1 i överlåtelseavtalet av den 20 december 1991 utbetalades en ersättning på 0,5 % efter skatt för överföringen av fondmedlen från de tre treuhandbolagen. Ersättningen betalades ut efter varje kalenderår. NordLB fick till och med den 31 januari föregående budgetår på sig för att fastställa ersättningens storlek. Ersättningen beräknades enligt avtalet på det belopp som skulle utnyttjas av de överförda fonderna, alltså bara på den faktiska kapitalbelastningen och inte på det belopp som kunde ha utnyttjats. Därför utbetalades följande belopp:

Beräkningsdag	Kapitalbelastning i miljoner mark	Räntesats	Utbetald ersättning i miljoner mark
31.12.1992	180	0,5 %	0,9
31.12.1993	1 400	0,5 %	7
31.12.1994	1 400	0,5 %	7
31.12.1995	1 390	0,5 %	6,95
31.12.1996	1 390	0,5 %	6,95
31.12.1997	1 390	0,5 %	6,95
31.12.1998	1 390	0,5 %	6,95
31.12.1999	[...] (*)	0,5 %	[...]
31.12.2000	[...]	0,5 %	[...]
31.12.2001	[...]	0,5 %	[...]
31.12.2002	[...]	0,5 %	[...]
31.12.2003	[...]	0,5 %	[...]

(43) Enligt överlåtelseavtalet fick Niedersachsen dessutom amorteringar och ränta på fondmedlen om marknadsvärdet översteg 1,5 miljarder mark. Fram till i mars 2003 upptogs enligt Tyskland sammanlagt 473,88 miljoner mark (242,29 miljoner euro). Detta motsvarar ett räntepåslag på de

(*) Konfidentiella uppgifter har utelämnats ur texten och ersatts av hakparenteser och asterisk.

avtalade 0,5 procentandelarna med cirka 2,79-2,85 % per år.

e. KAPITALTILLSKOTT FRÅN DEN ANDRA DELÄGAREN, NSGV

(44) Redan under de inledande samtalen om överföringen av treuhandbolagens fondtillgångar framhöll Niedersachsen att man utgick från att de båda garanterna skulle ha gemensamt finansieringsansvar och att NSGV skulle bidra med ett belopp som motsvarade dess andel på 40 % av aktiekapitalet. Om detta skulle ge problem kunde ändringar i ägarförhållandena diskuteras.

(45) Ett utkast till garantiavtal mellan de båda garanterna fogades till lagförslaget av den 15 oktober 1991. Denna garantiöverenskommelse kunde inte undertecknas omedelbart, eftersom den även skulle skrivas under av delstaten Sachsen-Anhalt och SBV, men SBV då ännu inte hade bildats. När överföringen avslutades den 20 december 1991 beslutade garanterna, vilka då var Niedersachsen och NSGV, att skriva under garantiöverenskommelsen. Överenskommelsen skrevs slutligen under med Sachsen-Anhalt och SBV den 5 mars 1992 sedan delstatsfördraget trätt i kraft.

(46) NSGV fullgjorde senare enligt de tyska myndigheterna sina förpliktelser enligt garantiöverenskommelsen av den 5 mars 1992 och ökade NordLB:s godkända eget kapital enligt banktillsynsbestämmelserna genom två transaktioner på sammanlagt 1 miljard mark (vilket motsvarade deras dåvarande andel på 40 % av aktiekapitalet i NordLB).

(i) **Särskild reserv på 450 miljoner mark i Landesbausparkasse**

(47) Efter förhandlingar i slutet av 1993 mellan delstaten, NSGV och NordLB skildes Landesbausparkasse (LBS), som tidigare var en del av NordLB, ut till en juridisk självständig offentligrättslig institution genom en lag av den 6 juni 1994 som trädde i kraft den 1 juli 1994.

(48) Enligt den tidigare interna garantiställningen ägdes LBS till 60 % av Niedersachsen och till 40 % av NSGV. LBS värde beräknades till 900 miljoner mark. Man avtalade att delstaten skulle få 450 miljoner mark i ersättning för överlåtelsen av LBS och att NSGV skulle tillföra samma belopp. Transaktionen tillgodoräknades NSGV med 450 miljoner mark och ett avdrag gjordes i den 1 miljard mark som NSGV enligt garantiöverenskommelsen skulle tillföra NordLB, förutsatt att NSGV tillsköt ytterligare 550 miljoner mark.

(49) NordLB bokförde beloppet på 450 miljoner mark i en vinstreserv i en särskild avsättning av ytterligare garantikapital enligt banktillsynsbestämmelserna. Den kumulerade

räntan för den särskilda reserven låg på 7,5 % netto före skatt och skulle belasta garanterna enligt deras interna förhållande, nämligen 60 % för delstaten och 40 % för NSGV.

b) **Passivt deläggande på 550 miljoner mark**

(50) NSGV och NordLB ingick enligt de tyska myndigheterna den 10 oktober 1994 en överenskommelse om ett kapitaltillskott enligt 10.4 i KWG. Därefter åtog sig NSGV att från och med den 10 oktober 1994 göra ett kapitaltillskott i form av passivt deläggande på 550 miljoner mark i NordLB i utbyte mot en vinstbaserad ersättning motsvarande räntan på tioåriga innehavarskuldebrev på 7,91 % plus en marginal på 1,2 % netto. Enligt de tyska myndigheternas uppgifter uppgick den sammanlagda räntan alltså till 9,11 % vilket skulle motsvara en marknadsmässig ersättning för passivt deläggande och erlades Niedersachsen när fonderna överfördes till garantikapitalet. Enligt de tyska myndigheternas uppgifter gjordes tillskottet som avtalat och NordLB:s garantikapital godkändes enligt banktillsynsbestämmelserna.

III. SYNTPUNKTER FRÅN BERÖRDA PARTER

1. KLAGOMÅL OCH DE KLAGANDES SYNTPUNKTER

(51) BdB anser att överlåtelsen av treuhandbolagens fondtillgångar och den därav följande ökningen av NordLB:s eget kapital snedvridit konkurrensen och gynnat NordLB eftersom företaget inte behövde erlagga någon ersättning som följer principen om marknadsekonomiskt agerande.

(52) BdB anser att den marknadsekonomiska investerarprincipen inte bara behöver tillämpas på företag som går med förlust eller är i behov av sanering. En investerare som följer denna princip grundar inte sina placeringsbeslut på om företaget är lönsamt, utan undersöker om avkastningen motsvarar den normala avkastningen på marknaden. Om man skulle granska kapitaltillskott från den offentliga sektorn ur stödrättslig synvinkel endast då de ges till företag som går med förlust, skulle privata företag behandlas sämre, vilket strider mot artikel 86.1 i EG-fördraget.

(53) Artikel 295 i EG-fördraget kan inte heller åberopas för att undanta överföringen av treuhandbolagens tillgångar från konkurrensbestämmelserna. Ur denna artikel kan man i bästa fall härleda att staten har rätt att inrätta särskilda fonder. Men så snart de överläts till ett företag med affärsverksamhet måste konkurrensreglerna tillämpas.

(54) BdB anger i sin inlägga att lämplig ersättning för överlåtelsen av fondmedlen, särskilt i fråga om NordLB, borde beräknas enligt den metod som kommissionen använde i beslutet om

WestLB den 8 juli 1999. 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

- (55) BdB ansåg att överföringen av treuhandbolagens fondtillgångar till NordLB – liksom andra sätt att tillföra delstatsbankerna kapital – kan jämföras med ett aktiekapitaltillskott.
- (56) Överföringen av fondmedlen skulle därmed inte kunna jämföras med vinstandelsbevis, eftersom de enbart avser supplementärt kapital. I Tyskland betraktades vid tidpunkten för överföringen, alltså i slutet av 1991, aktiekapital (och sådana reserver som avses i 10.2 KWG) samt passivt deläggande som primärt kapital. En jämförelse med passivt deläggande kunde därmed uteslutas i samtliga fall. För det första skulle en investerare inte lämna passivt deläggande på obegränsad tid. En investerare kan därför inte förvänta sig samma ersättning för passivt deläggande som för andra instrument för eget kapital som av tillsynsmyndigheter ska erkännas för en obegränsad tid, såsom aktiekapitaltillskott.
- (57) För det andra behövde det inte nödvändigtvis innebära en lägre investeringsrisk även om det tillskjutna kapitalet underordnades aktiekapitalet enligt avtalet mellan delstatens ägare. Kapitaltillskottet utgjorde en väsentlig del av det samlade primära kapitalet. Därför var det mycket troligt att det tillskjutna kapitalet åtminstone delvis skulle utnyttjas vid förlust. ⁽¹⁾
- (58) För det tredje hävdar BdB att den kvalitativa skillnaden mellan passivt deläggande och det kapital som överfördes från delstatsbankernas fonder också framgår av den definition av primärt kapital som Baselkommittén för banktillsyn antagit för banktillsynsändamål. Enligt definitionen får passivt deläggande ur banktillsynshänseende enbart erkännas som s.k. Lower-Tier-1-kapital. Sådant kapital får utgöra högst 15 % av det erforderliga primära kapitalet. Om det primära kapitalet är 4 %, måste med andra ord 3,4 % utgöras av grundkapital och öppna reserver (t.ex. de bundna tillgångar som överförts till delstatsbankerna). Bankerna tog bara i ringa mån upp underordnade instrument för eget kapital, såsom preferensaktier eller vinstandelsbevis. Efter påtryckningar från

kreditvärderingsinstitutet utgjorde sådana instrument knappast någonsin mer än 10 % av bankens sammanlagda primärt 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.

Minimiersättning för aktiekapitaltillskott till en delstatsbank

- (59) BdB gör gällande att samtliga metoder för att fastställa en lämplig ersättning (avkastning) för det tillskjutna aktiekapitalet utgår från en riskfri avkastning och lägger till en riskpremie. Metoderna bygger på följande grundprincip:

Förväntad avkastning på riskkapital

=

Risikfri avkastning + riskpremie för riskinvesteringen

- (60) 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. För att justera för inflationen bör avkastningen på långfristiga statsobligationer fastställas för varje ny period, till att börja med utan hänsyn till inflationsutvecklingen. Den långfristiga riskfria basräntesatsen beräknas sedan genom att addera prognosen för den beräknade genomsnittliga inflationsutvecklingen på 3,6 % till den "reala basräntesatsen".
- (61) *Marknadsriskpremien* bör enligt BdB i ett första steg beräknas på skillnaden mellan den långfristiga genomsnittliga avkastningen på aktier respektive statsobligationer.
- (62) I ett andra steg fastställde BdB betavärdet för delstatsbankerna, dvs. bankernas individuella riskpremier för att anpassa den allmänna marknadsriskpremien.

Påslag och avdrag på grund av transaktionens särskilda karaktär

- (63) BdB konstaterar att det avdrag från minimiersättningen som kommissionen gjorde i sitt beslut 2000/392/EG på grund av *bristen på likviditet* i Wfa-tillgångarna bekräftades av förstainstansrätten. Det finns ingen anledning att avvika från den metoden i föreliggande fall, och därför bör ett likviditetsavdrag göras. Storleken på avdraget för den bristande likviditeten fastställs med hjälp av WestLB-metoden på grundval av refinansieringskostnaderna netto

⁽¹⁾ För övrigt betalades en risk- eller ansvarspremie i första hand på grund av förlustrisken i händelse av insolvens. I det fallet skulle kapitalet vara oåterkalleligt förlorat. Vid en löpande (partiell) förlust, dvs. fränsett insolvens, finns det alltid en chans att det egna kapitalet kan öka på nytt genom vinster.

(refinansieringskostnader brutto minus tillämplig bolags-skatt).

- (64) Det påslag kommissionen gjorde i beslut 2000/392/EG har också bekräftats av Förstainstansrätten. BdB anser att ett påslag är motiverat om de tre omständigheterna i WestLB-beslutet, som ökade riskerna jämfört med en normal investering i aktiekapital föreligger också i de övriga ärenden som avser delstatsbankerna, nämligen en exceptionellt stor volym på de överförda tillgångarna, utebliven aktieemission och den därmed sammanhängande avsaknaden av rösträtt samt investeringens bristande fungibilitet, dvs. omöjligheten att när som helst ta det investerade kapitalet ur företaget igen.

2. SYNUNKTER FRÅN NORDRHEIN-WESTFALEN OCH WESTLB

- (65) Den 30 oktober 2003 översände Tyskland ett genmäle från delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB till kommissionens beslut 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 NordLB. 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 investeringens riskprofil. Eftersom tillgångarna var andraklasskapital liknade risken snarare passivt deläggande eller s.k. perpetuals än aktiekapitaltillskott.

- (66) WestLB hade inga invändningar mot att CAPM-metoden (Capital Asset Pricing Model) användes för att beräkna minimiersättningen för aktiekapitaltillskott. Däremot ansåg WestLB att de betavärden på över 1 som faststälts av BdB inte var rimliga. En betafaktor på mer än 1 innebär att företagsaktien utgjorde en större risk än marknaden som helhet. Det institutionella ansvaret och garantiansvaret gav en betydligt lägre risk för investeringar i delstatsbanker än på öppna marknaden.

- (67) I fråga om delstatsbanker kan man inte heller utgå från den förväntade avkastningen när tillgångarna överfördes till delstatsbankerna. Det skulle förstås vara befogat i en bedömning av privatinvesteringar. Men i det föreliggande fallet innebär det att man utgår från den förväntade avkastningen 1991. Det är dock ekonomiskt orimligt att anta att en investerare 2003 skulle utgå från den förväntade avkastningen 1991, som ligger långt över den faktiska avkastningen. En schablonmässig fast räntesats skulle ge delstatsbankerna en omotiverad nackdel jämfört med privata företag.

- (68) När det gäller avdragen för bristande likviditet i de överförda tillgångarna anser WestLB och Nordrhein-Westfalen att räntesatsen för riskfria statsobligationer bör dras av från minimiavkastningen. Statsbankernas likviditet ökade inte när tillgångarna överfördes. Det är inte ekonomiskt hållbart att reducera beräkningsgrunden till skattebesparingen, eftersom ersättningen för kapitalinstrument inte är beroende av skattehänsyn. I annat fall skulle priset på ett och samma kapitalinstrument beräknas olika beroende på skattesituationen.

- (69) Slutligen bör hänsyn tas till minskningar av risker och avgifter som trots tillgångarnas bristande likviditet inte utgjorde någon fara för likviditeten. Detta skulle uttryckas genom ett motsvarande avdrag. Likaledes borde ett avdrag göras med hänsyn till ägareffekten, eftersom en investerare som redan äger andelar i ett företag bedömer ett kapitaltillskott på ett annat sätt än en ny investerare.

3. SYNUNKTER FRÅN NORDLB OCH NIEDERSACHSEN

- (70) Synpunkterna från NordLB och Niedersachsen framfördes även av förbundsregeringen. De kommer därför att behandlas tillsammans med Tysklands synpunkter.

4. TYSKLANDS SYNUNKTER

- (71) Tyskland anser att det även efter förstainstansrättens dom kvarstår grundläggande oklarheter om huruvida offentliga investeringar i vinstdrivande företag kan bedömas på samma sätt som privatinvesteringar. Tyskland anser att överlåtelsen av fondmedlen från Niedersachsen till NordLB inte utgjorde stöd ens enligt de beräkningsgrunder som kommissionen tillämpade i beslut 2000/392/EG.

- (72) När fondmedlen överläts till NordLB, åtog sig andelsägaren NSGV att tillsammans med delstaten tillskjuta medel i förhållande till sin andel på samma villkor som delstaten, och gjorde sedan det. Därmed förhöll sig delstaten när fondmedlen överläts till NordLB som en privat investerare.

- (73) Dessutom betalade NordLB en rimlig ersättning. Man bör ta hänsyn till att ersättningen på 0,5 % efter skatt (1,2 % före skatt) motsvarade en ungefärlig ränta på $(1,2\% + 8,3\% =) 9,5\%$ före skatt, eftersom delstaten i egenskap av investerare slapp en refinansiering på cirka 8,3 %. Utöver ersättningen på 0,5 % efter skatt gjorde Niedersachsen löpande återinsättningar i fonderna, för sammanlagt 242,29 miljoner euro (473,88 miljoner mark).

- (74) Den beräkningsgrund för minimiersättningen som BdB och kommissionen använde i beslut 2000/392/EG anser man är felaktig. CAPM-metoden påstås också av flera skäl vara olämplig för att fastställa en marknadsmässig avkastning. För det första var de tillgångar som överfördes till NordLB inte fritt disponibla. Därmed skulle de investeringsalternativ som förutsätts enligt CAPM-metoden inte existera i praktiken. Vidare fanns inte den risk som förutsattes i CAPM för att beakta marknadsfluktuationer, eftersom delstatsbankerna inte var börsnoterade, räntan på ersättningen för tillskottet var fast och delstatsbankerna då fortfarande hade ett institutionellt ansvar och garantiansvar. Därför fanns det heller inga historiska data för betafaktorer.
- (75) Bland de särskilda omständigheterna när fonderna överläts bör man bland annat beakta att det inomobligatoriska ansvaret begränsas till Niedersachsens andel av NordLB:s aktiekapital och att delstaten har regressrätt mot NordLB:s andra garantier. En investerare hade troligen inför investeringsbeslutet tagit stor hänsyn till att fondtillgångarna visserligen kunde ge en obegränsad utomobligatorisk förlust, men att det inomobligatoriska ansvaret begränsades till den andel av NordLB:s aktiekapital som Niedersachsens överlät. Niedersachsen hade därför regressrätt mot NordLB:s övriga garantier – samtliga offentligtrettsliga institutioner – som ju inte kunde vara insolventa.
- (76) När det gäller ett påslag på grund av transaktionens stora omfattning är det inte klart hur det skulle definieras och vad som skulle motivera det. De överlättna tillgångarna utgjorde 1992 endast 34,89 % av NordLB-koncernens tillsynsrättsliga egna kapital. Andelen hade 2001 sjunkit till endast 9,62 %. Beräkningarna utgår från att NordLB:s eget kapital år 1992 uppgick till 4,298 miljarder mark och år 2001 till 15,596 miljarder mark. Treuhandbolagens tillgångar har här räknats in i det egna kapitalet.
- (77) Påslaget är inte heller motiverat eftersom Niedersachsen inte fick några nya marknadsandelar. NSGV åtog sig vid överföringen av fonderna att tillskjuta kapital till NordLB i förhållande till sin andel av aktiekapitalet, vilket också skedde senare. Därmed ökade inte heller delstatens marknadsandelar.
- (78) Slutligen skulle inte heller fondmedlens bristande funktionalitet motivera något påslag. Vid beräkningen av minimiavkastningen jämförde BdB och kommissionen överföringen av fondmedlen med ett aktiekapitaltillskott. Aktiekapitaltillskott är lika litet funktionala som treuhandbolagens fondtillgångar.
- (79) Om NordLB gynnades av överlåtelsen av fondmedlen rörde det sig endast om en kompensation för att täcka de kostnader som uppkommit inom ramen för det offentliga uppdraget. NordLB är inte bara en delstatsbank utan i Braunschweig även en sparbank. Därmed har man inte bara en delstatsbanks vanliga offentliga uppdrag och de därmed förbundna kostnaderna, utan även sparbanksverksamhet.
- (80) Om ett stöd ändå skulle anses föreligga är det i vilket fall som helst ett redan befintligt stöd, eftersom fonderna överläts enligt de former för institutionellt ansvar som utarbetades efter kompromissen i Bryssel den 17 juli 2001.

5. ÖVERENSKOMMELSEN MELLAN BDB, NIEDERSACHSEN OCH NORDLB

- (81) Den 7 oktober 2004 fick kommissionen kännedom om en överenskommelse mellan de klagande BdB, Niedersachsen och NordLB. Trots skiljaktiga rättstolkningar enades parterna i överenskommelsen om parametrar för att beräkna en rimlig ersättning och angav vilken ersättning de själva ansåg lämplig. Parterna har uppmanat kommissionen att i sitt beslut ta hänsyn till överenskommelsen.
- (82) Parterna har med hjälp av Capital Asset Pricing-modellen fastställt en minimiersättning för ett teoretiskt aktiekapitaltillskott till NordLB. De anser att en lämplig minimiersättning för treuhandbolagens fondtillgångar ligger kring 10,03 %. De riskfria räntesatserna för REX10 Performance Index på den tyska börsen användes och betavärdena för en delstatsbank som uppges i utlåtandet från KPMG av den 26 maj 2004 (och som kommissionen fått kopia av). Rent konkret hade NordLB vid överföringen den 31 december 1991 en riskfri grundinsats på 7,15 %. Som betavärde användes enligt KPMG:s undersökning ett värde på 0,72. Den marknadsmässiga riskpremien fastställdes till 4 % (densamma för alla delstatsbanker).
- (83) Därefter fastställs ett avdrag på grund av bristande likviditet. För beräkningen av bruttokostnaderna för refinansieringen användes ånyo den riskfria räntesatsen på 7,15 %. Nettokostnaderna för refinansieringen beräknades enligt ett schablonskattetryck på NordLB vid överlåtelsen till 50 % vilket ger ett likviditetsunderskott på 3,57 %.
- (84) Slutligen gjordes ett påslag på 0,3 % eftersom investeringen inte gav någon rösträtt.
- (85) Detta ger sammanlagt ett ersättningsvärde för treuhandbolagens fondtillgångar på 6,76 % netto efter skatt för den del av treuhandbolagens fondtillgångar som kunde användas i

NordLB:s konkurrensutsatta verksamhet Denna ersättning skall erläggas i slutet av den månad då det primära kapitalet godkändes (den 30 november 1993).

- (86) I avtalet sägs ingenting om ersättningen för den del av treuhandbolagens tillgångar som inte fick användas i NordLB:s konkurrensutsatta verksamhet (avalprovision).

IV. BEDÖMNING AV ÅTGÄRDEN

- (87) För att bedöma åtgärden enligt bestämmelserna om statligt stöd i fördraget måste det först utredas om åtgärden är ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

1. STATLIGA MEDEL OCH GYNNANDE AV ETT VISST FÖRETAG

- (88) Niedersachsens andelar i de tre treuhandbolagens fondtillgångar överfördes såsom tidigare framhållits till NordLB som eget kapital. Om sådana statliga tillgångar med affärsvärde överförs till ett företag är det fråga om statliga medel i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

- (89) 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. EG-domstolen har i en rad mål godtagit och vidareutvecklat denna princip. Bedömningen enligt denna princip görs i punkt 93 och framåt.

2. SNEDVRIDNING AV KONKURRENSEN OCH PÅVERKAN PÅ HANDELN MELLAN MEDLEMSSTATERNA

- (90) Genom avregleringen av finansiella tjänster och integrationen av de finansiella marknaderna har banksektorn inom gemenskapen blivit allt känsligare för snedvridningar av konkurrensen, särskilt eftersom de återstående konkurrenshindren på marknaderna för finansiella tjänster avskaffas.

- (91) NordLB är en universalbank och också en stor aktör på de internationella kapitalmarknaderna. NordLB erbjuder banktjänster i konkurrens med andra europeiska banker, såväl inom som utom Tyskland. Stöd till NordLB snedvrider därför konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

- (92) Det bör även påpekas att det finns ett nära samband mellan ett kreditinstituts eget kapital och dess bankverksamhet. En

bank kan endast arbeta och utvidga sin affärsverksamhet om den har tillräckligt mycket eget kapital. Eftersom den statliga åtgärden försåg NordLB med eget kapital för kapitaltäckning påverkade det direkt bankens affärsmöjligheter.

3. PRINCIPEN OM PRIVATA INVESTERARE I EN MARKNADSEKONOMI

- (93) För att bedöma om en finansiell åtgärd som vidtas av en offentlig ägare medför en sådan förmån för ett företag som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget, och därför innehåller inslag av statligt stöd, tillämpar kommissionen den marknadsekonomiska investerarprincipen. Denna princip har kommissionen åberopat i många fall och EG-domstolen har i flera domslut godtagit och vidareutvecklat den ⁽¹⁾. Den gör att kommissionen kan bedöma de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall, exempelvis ett holdingbolags eller en koncerns strategier, eller en investerares intressen på kort och på lång sikt. Den marknadsekonomiska investerarprincipen tillämpas även i det föreliggande fallet.

- (94) Enligt denna princip utgör det inget statligt stöd att tillhandahålla kapital på villkor "som en privat investerare, som verkar under normala marknadsvillkor, skulle godta för att tillföra medel till ett privat företag" ⁽²⁾. Ett finansiellt stöd till ett kreditinstitut är inte marknadsmässigt om ersättningen är lägre än marknadspriset för jämförbara investeringar.

- (95) Enligt den marknadsekonomiska investerarprincipen är kärnfrågan om en investerare skulle ha beviljat NordLB kapital med samma egenskaper som treuhandbolagens tillgångar på samma villkor, särskilt i fråga om den förväntade avkastningen på investeringen. Denna fråga utreds nedan.

a) ARTIKEL 295 I EG-FÖRDRAGET

- (96) Enligt artikel 295 i EG-fördraget ingriper EG-fördraget inte i medlemsstaternas egendomsordning. Bestämmelsen motiverar dock inte överträdelse av konkurrensbestämmelserna i fördraget.

- (97) Tyskland anför att treuhandbolagens tillgångar var bundna till ett visst ändamål och därför inte kunde användas på något annat sätt än genom att överföras till en liknande offentligrättslig institution. Därför innebar överföringen den affärsmässigt mest rationella användningen av dessa

⁽¹⁾ Se t.ex. domen i mål C-303/88, Italien mot kommissionen, Rec. 1991, s. I-1433, och i mål C-305/89, Italien mot kommissionen, Rec. 1991, s. I-1603.

⁽²⁾ Se punkt 11 i kommissionens meddelande till medlemsstaterna om tillämpningen av artiklarna 92 och 93 i EEG-fördraget och artikel 5 i kommissionens direktiv 80/723/EEG på offentliga företag inom tillverkningssektorn (EGT C 307, 13.11.1993, s. 3). Visserligen gäller detta meddelande uttryckligen tillverkningsindustrin, men principen gäller utan tvivel på samma sätt i alla andra branscher. Beträffande finansiella tjänster har detta bekräftats i en rad beslut av kommissionen, t.ex. i fallen *Crédit Lyonnais* (EGT L 221, 8.8.1998, s. 28) och *GAN* (EGT L 78, 16.3.1998, s. 1).

tillgångar. Därmed skulle vilken ersättning som helst för överföringen, dvs. all ytterligare avkastning på treuhandbolagens kapital, vara tillräcklig för att motivera överföringen av tillgångarna enligt den marknadsekonomiska investerarprincipen.

- (98) Argumentationen är ohållbar. Det kan hända att införlivandet av de tre treuhandbolagen i NordLB och den möjlighet det gav NordLB att använda en del av Wfa-kapitalet i sin konkurrensutsatta verksamhet var den ekonomiskt mest rationella användningen av tillgångarna. Att inskränka sig enbart till en offentlig investerares resonemang tar dock ingen hänsyn till den grundläggande frågan huruvida mottagarna gynnats. Huruvida det föreligger gynnande behandling kan bara avgöras genom att bedöma om priset är marknadsmässigt: så snart offentliga medel och andra tillgångar används för konkurrensutsatt affärsverksamhet, skall marknadsmässiga regler tillämpas.

b) INGEN ÄNDRING AV ÄGARSTRUKTUREN

- (99) En rimlig avkastning på det tillhandahållna kapitalet skulle t.ex. ha varit en ökning av delstatens andel av NordLB, i den mån bankens lönsamhet motsvarar den normala avkastning som en privat investerare i en marknadsekonomi förväntar sig av en investering. Niedersachsen gick dock inte tillväga på det sättet.
- (100) Tyskland hävdar att NordLB:s marknadsandelar inte ökade eftersom NSGV vid överföringen av fondmedlen åtog sig att tillföra kapital i förhållande till sin andel i NordLB, vilket sedan skedde genom en särskild LBS-reserv på 450 miljoner mark och passivt deläggande på 550 miljoner mark. Tyskland framför vidare att EG-domstolen i Alitaliamålet⁽¹⁾ uttalade att ett kapitaltillskott med offentliga medel uppfyller kriteriet för privata investeringar och inte innebär ett statligt stöd om tillskottet gjordes samtidigt som en privat investerare genomförde ett betydande kapitaltillskott.
- (101) När det gäller EG-domstolens dom i Alitaliamålet hänvisas till att beslutet avser privata investerare. NSGV är dock ingen privat investerare, utan en offentligrättslig organisation. NSGV kapitaltillskott är dessutom inte jämförbart med överföringen av treuhandbolagens fondtillgångar, vare sig i tiden eller till sitt innehåll.
- (102) Eftersom treuhandbolagens tillgångar överfördes till NordLB den 31 december 1991 skildes LBS först den 1 juli 1994 från NordLB, då LBS särskilda reserv på 450 miljoner mark bildades. Den dolda reserven på 550 miljoner mark ställdes till förfogande först den 10 oktober 1994. Den

långa tiden mellan transaktionerna gör att kommissionen anser att villkoren inte är jämförbara.

- (103) Därför utgör åtminstone det passiva deläggandet någon annan investeringsform. På den tiden behandlades allt passivt deläggande som så kallat "lower tier 1"-kapital, dvs. kapitaltillskott som inte fick betraktas som aktiekapital för att uppfylla kapitaltäckningsbestämmelserna. Den som är passiv delägare deltar till skillnad från den som gör aktiekapitaltillskott inte i företagets värdetillväxt, utan ersättningen lämnas genom en direkt och fullständig ersättning, som vanligen är lägre än den för aktiekapitaltillskott.
- (104) Även om den likvida dolda reserven på 550 miljoner mark borde ge en högre ersättning än de icke-likvida fondmedlen från treuhandbolagen kan man inte jämföra ersättningarna för överföringen av delstatens tillgångar respektive överföringen av NSGV:s tillgångar. För den särskilda LBS-reserven utgår varje år 7,5 % (före skatt) och för den dolda reserven utgår enligt Tysklands uppgifter en ränta på cirka 9,11 % (före skatt). Treuhandbolagens fondtillgångar ger däremot en ränta på 0,5 % efter skatt (ca 1,2 % före skatt). Alltså är ersättningen för treuhandbolagens fondtillgångar mycket lägre än ersättningen för transaktionen till NSGV.
- (105) Eftersom delstatens och NSGV:s transaktioner är så olika kan det lämnas öppet om NSGV faktiskt hade någon bindande skyldighet att tillskjuta kapital i förhållande till sin andel i NordLB när treuhandbolagens fondtillgångar överfördes till NordLB eller om skyldigheten inträdde först senare.
- (106) Dessutom förekom inget proportionellt och jämförbart kapitaltillskott från någon privat investerare, varför de förutsättningar som förelåg i Alitaliaärendet inte är för handen. Investeringen gjordes av en annan offentlig andelsägare (NSGV) och förutsättningarna är inte jämförbara, eftersom den inte skedde vid samma tid och inte heller på samma villkor som överföringen.

(c) ÄGARFÖRHÅLLANDEN

- (107) Tyskland anser att en marknadsmässigt agerande investerare skulle ha reglerat värdeökningen på den egna insatsen i NordLB i avtalet. När treuhandbolagens tillgångar överfördes ägde Niedersachsen 60 % av NordLB. Värdet av dessa 60 % ökade genom överföringen. Dessutom såg delstaten till att också NSGV tillsköt kapital i förhållande till sin andel medan NSGV däremot inte fick del av värdeökningen, som endast gynnade delstaten.

⁽¹⁾ EG-domstolens dom av den 12 december 2000 i mål T-296/97.

- (108) Av de skäl som anges i punkt 102 och framåt kan det inte tillmätas någon betydelse att delstaten ägde andelar i NordLB, och därför är NSGV:s kapitaltillskott ingen jämförbar investering. NSGV deltog i värdeökningen utan att själv ha bidragit med ett motsvarande tillskott. Ingen marknadsmässigt agerande investerare skulle acceptera att i egenskap av delägare bära hela bördan för en investering och samtidigt bara få ut en del av dess fördelar. Detta bekräftade Förstainstansrätten uttryckligen i sin dom om WestLB⁽¹⁾.
- d) GRUNDEN FÖR BERÄKNINGEN AV ERSÄTTNINGEN
- (109) Den tyska regeringen anser att endast den del av det godkända primära kapitalet som NordLB fick använda i sin affärsverksamhet hade ekonomiskt värde för banken. Därför borde delstaten bara kräva ersättning för denna del. BdB hävdar däremot att det totala beloppet på 1,7544 miljarder mark är riskbärande och att ersättningen därför bör avse detta belopp.
- (110) Såsom framgår av beslut 2000/392/EG och såsom Förstainstansrätten bekräftat, skall det sammanlagda värdet av de överförda medlen ligga till grund för ersättningen. Ersättningen kan därför vara olika för de olika delarna av de överförda medlen.
- (111) För att fastställa en rimlig ersättning bör man skilja mellan de olika delarna av de enskilda treuhandbolagens tillgångar, beroende på deras nytta för NordLB.
- (112) Tillgångarnas värde uppgick i slutet på 1991 till 1,7544 miljarder mark. Tillgångarnas värde beräknas årligen. Trots det togs endast 1,5 miljarder mark upp som eget kapital i NordLB:s balansräkning. Skillnaden jämfört med värdet på treuhandbolagens fondtillgångar bokfördes som en reserv för åtaganden enligt överlåtelseavtalet. Reserver brukar användas för oförutsedda utgifter och belastar inte egenkapitalet. Därmed stärks i princip inte företagens kreditvärdighet. Niedersachsen hade dessutom rätt att ta upp amortering och ränta för fonderna om marknadsvärdet översteg 1,5 miljarder mark. Eftersom det belopp som överskrider 1,5 miljarder mark inte får användas av NordLB varken för att utvidga marknadsandelarna eller som garantiunderlag utgår kommissionen från att en investerare inte skulle kunna begära någon ersättning för denna del av fondtillgångarna.
- (113) Värdet på 1,5 miljarder mark togs efter överföringen upp som eget kapital i NordLB:s balansräkning. Trots det kunde treuhandbolagens tillgångar innan de godkändes av BAKred inte fullt ut användas som eget kapital. Innan tillgångarna godkändes som eget kapital den 26 juli 1993 tolererade BAKred bara att fondmedlen utnyttjades om detta krävdes för att uppfylla de då gällande kapitaltäckningskraven. Först efter godkännandet den 26 juli 1993 kunde man helt utnyttja de 1,5 miljarderna mark. Av 1,5 miljarder mark kan dock bara cirka 1,4 miljarder mark – värdet varierar årligen – utnyttjas av NordLB för att utvidga den konkurrensutsatta delen av verksamheten, eftersom återstoden behövdes för investeringsverksamheten. Under 1992 fram till augusti 1993 beräknade delstaten ersättningen på det faktiskt utnyttjade kapitalet och från och med augusti 1993 på det belastade kapitalet, dvs. ca. 1,4 miljarder mark årligen.
- (114) Återstående primärt kapital (från och med augusti 1993 kring 100 miljoner mark per år, tidigare högre) kunde visserligen inte användas för att utvidga den konkurrensutsatta verksamheten men utnyttjades ändå av NordLB, eftersom det egna kapitalet i balansräkningen ger bankens investerare en fingervisning om soliditeten och därmed påverkar på vilka villkor banken kan skaffa nytt kapital. Fordringsägare och kreditvärderingsinstitut tar dock hänsyn till bankens totala ekonomiska och finansiella ställning. Eftersom beloppet på 100 miljarder mark per år inte kunde användas för att utvidga affärsverksamheten, men ändå förbättrade bankens anseende i fordringsägarnas ögon, kan dess ekonomiska funktion åtminstone i detta avseende jämföras med en garanti.
- (115) Då följaktligen även beloppet på 100 miljarder mark är av ekonomisk nytta för NordLB, skulle en privat investerare i en marknadsekonomi ha krävt ersättning för det. Ersättningen bör säkerligen vara lägre än ersättningen för den del på 1,4 miljarder mark som är till större nytta för NordLB, eftersom den delen enligt kapitaltäckningsbestämmelserna även kan användas som kapitalbas för att utvidga bankens konkurrensutsatta verksamhet.
- (116) I avtalet mellan Niedersachsen, NordLB och BdB sägs att ersättning för de överförda tillgångarna skall lämnas först i slutet av den månad då BAKred lämnat sitt godkännande av det primära kapitalet, dvs. tidigast den 30 november 1993. På denna punkt kan kommissionen inte godta överenskommelsen. De tillgångar som överfördes från treuhandbolagen stod till NordLB:s förfogande efter den 31 december 1991, åtminstone i den mån som BAKred tolererade användningen. NordLB utnyttjade faktiskt också tillgångarna i väsentlig omfattning även före det slutliga godkännandet från BAKred.

(1) EGT L 150, 23.6. 2000, s. 1, punkt b316.

e) RIMLIG ERSÄTTNING FÖR KAPITALET

(117) Finansiella placeringar av varierande ekonomisk kvalitet ger olika avkastning. Vid undersökningen av om en placering är godtagbar för en investerare som agerar på normala marknadsmässiga villkor, måste man därför utgå från den särskilda ekonomiska karaktären hos den ifrågasvarande kapitalåtgärden och värdet av det kapital som ställdes till NordLB:s förfogande.

(i) *Jämförelse med andra instrument för eget kapital*

(118) Tyskland anser att ersättningen för aktiekapitaltillskott inte är lämplig som jämförelse för att beräkna en lämplig ersättning för treuhandbolagens fondtillgångar. Visserligen är det riktigt att aktiekapital tillsynsrättsligt ingår i det primära kapitalet. Men inte allt som definieras som primärt kapital i en bank är samtidigt aktiekapital. I synnerhet är aktiekapital, som står till bankens förfogande och kan investeras, helt annorlunda än de överlåtna treuhandbolagens fondtillgångar, där delstatens förfoganderätt dessutom inskränktes av att medlen var bundna till ett visst ändamål och därför inte ökade NordLB:s lönsamhet.

(119) Överlåtelsen av treuhandbolagens tillgångar är i första hand att jämföra med kapital för vinstandelsbevis. NordLB och Niedersachsen har tidigare jämfört ersättningen för fondmedlen med ersättning för vinstandelsbevis. Vinstandelsbevis ger tillskottskapital som egentligen enbart kan utnyttjas upp till det primära kapitalets belopp. NordLB hade den 31 december 1991 ett primärt kapital på 2,043 miljarder mark och 543 miljoner mark i supplementärt kapital. Därför kunde behovet av eget kapital ha täckts genom att utge vinstandelsbevis för 1,5 miljarder mark istället för att använda de fondtillgångar som godkänns som primärt kapital.

(120) Nordrhein-Westfalen och WestLB bestred i sina inlagor att de olika överföringarna av delstatsbankernas tillgångar, i synnerhet till NordLB, är jämförbara med aktiekapital. Överföringarna bör snarare jämföras med passivt deläggande eller så kallade "perpetually preferred shares". De hävdade att passivt deläggande och s.k. perpetuals klassats som primärt kapital i Tyskland sedan 1991. De tillade att ersättningen inte bör grundas på banktillsynsmyndigheternas klassificering av investeringen utan på dess riskprofil. Eftersom tillgångarna var andraklasskapital var risken mer jämförbar med passivt deläggande eller s.k. perpetuals än med aktiekapitaltillskott.

(121) Kommissionen anser liksom BdB att den överföring av fondtillgångar från treuhandbolag som BAKred behandlade som primärt kapital främst är att jämföra med ett aktiekapitaltillskott.

(122) I detta sammanhang bör det framför allt betonas att det relativt breda utbudet av nyskapande instrument för eget

primärkapital och supplementärt kapital, som kreditinstitut numera har tillgång till i flera länder, ännu inte existerade i Tyskland varken 1991 då överföringen av treuhandbolagen till NordLB beslutades eller 1993 då NordLB blev tvunget att uppfylla de strängare kapitaltäckningskrav som då trädde i kraft. En del av dessa instrument har utvecklats först senare, 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 förstås är supplementärt kapital, det senare godkänt först från och med 1993).

(123) Följaktligen är det inte övertygande att jämföra treuhandbolagens kapital med nyskapande instrument, som till största delen utvecklades först senare och delvis endast fanns utomlands. Även den tyska regeringen själv förkastar (indirekt) en sådan jämförelse då den menar att kommissionen måste bedöma fallet enligt de förhållanden som rådde vid tiden för beslutet i slutet av 1991.

(124) När det gäller "perpetual preferred shares" och vinstandelsbevis bör vissa särskilda frågor framhållas. "Perpetual preferred shares" räknas i en del länder som primärt kapital, men godkänns fortfarande inte i Tyskland. Vinstandelsbevis räknas endast som supplementärt kapital, medan kapitalet från treuhandbolagen var primärt kapital. Därför var treuhandbolagens kapital till mycket större nytta för NordLB, eftersom banken därmed kunde anskaffa supplementärt kapital (t.ex. vinstandelsbevis) till samma belopp och på så sätt utvidga sin kapitalbas. När förlusten vändes till vinst skulle dessutom först vinstandelsbevisen och därefter kapitalet från treuhandbolagen återställas till nominellt värde. Kapitalet från treuhandbolagen stod vidare till NordLB:s förfogande utan någon tidsbegränsning, medan vinstandelsbevis brukar emitteras på tio år. Kapitaltillskottets storlek är också atypisk och prioriteringsordningen vid eventuella förluster måste sättas i samband med det. Eftersom treuhandbolagens tillgångar utgjorde en relativt stor andel, skulle de tas i bruk relativt snabbt om förlusterna blev stora.

(125) Kommissionen anser att jämförelsen med passivt deläggande är olämplig för att beräkna en rimlig ersättning för den reserv som godkändes som primärt kapital. Kommissionen anser att det viktigaste är att överföringen av fonderna från treuhandbolagen inte gjordes som passivt deläggande, utan som en bunden reserv. Även BAKred godkände överlåtelsen som bunden reserv och inte som passivt deläggande enligt 10 KWG. Att den tyska tillsynsmyndigheten behandlade detta som en reserv talar för att det kapital som ställdes till förfogande är mer jämförbart med aktiekapital än med passivt deläggande.

(126) Risken att förlora en del av det överförda kapitalet vid insolvens eller likvidation var inte heller lägre än vid aktiekapitaltillskott, eftersom treuhandbolagens fonder utgjorde en väsentlig del av NordLB:s eget kapital och banken under flera år belastat dem med risk.

(127) Av alla dessa skäl anser kommissionen att den jämförelse med "perpetual preferred shares", vinstandelsbevis och passivt deläggande som den tyska regeringen gör på grund av kapitalets särskilda egenskaper inte är lämplig för att beräkna en rimlig ersättning för kapitalet från treuhandbolagen. Överföringen liknar mest ett aktiekapitaltillskott.

(ii) **Regressrätt och liten risk**

(128) Det inomobligatoriska ansvaret avser enbart Niedersachsens överlätna andel i NordLB:s aktiekapital och delstaten har regressrätt gentemot NordLB:s alla andra garantier. Tyskland anser att man troligen tagit hänsyn till detta inför investeringsbeslutet och när ersättningen fastställdes.

(129) Den inomobligatoriska ansvarsbegränsningen föranleder dock ingen nedsättning av ersättningen, eftersom NordLB ändå måste erlagga en rimlig ersättning för kapitalöverföringen för att inte påverka den konkurrensutsatta verksamheten. Delstatens regressrätt gentemot övriga garantier utgör en överenskommelse mellan garantierna och inte något medgivande från NordLB som skulle kunna motivera en lägre ersättning. Inte ens om övriga garantier helt övertagit det inomobligatoriska ansvaret för fondmedlen skulle NordLB kunnat undgå att behöva betala någon ersättning.

(130) Kommissionen anser dessutom att det är ovidkommande om fondmedlen efter BAKred:s godkännande utnyttjades för att uppfylla kapitaltäckningskraven. En affärsmässigt agerande investerare hade ändå inte avstått från full ersättning, eftersom banken ju efter egen affärsmässig bedömning kunde utnyttja hela kapitalet i den konkurrensutsatta delen av verksamheten.

(iii) **Rimlig ersättning för beloppet på 1,4 miljarder mark**

(131) Den rimliga ersättningen för de ca 1,4 miljarder mark som årligen stod till förfogande för NordLB:s konkurrensutsatta verksamhet kan förstås fastställas på olika sätt. Nedanstående beräkning av ersättningen för aktiekapitaltillskott

följer dock alltid samma grundläggande principer. Enligt principerna gör kommissionen en beräkning i två etapper: först fastställs den minimiersättning som en investerare skulle förvänta sig av ett (hypotetiskt) aktiekapitaltillskott till NordLB. Därefter prövas om de särskilda omständigheterna kring transaktionen i ärendet enligt marknads-villkoren motiverar något påslag eller avdrag samt huruvida kommissionen kan göra någon metodiskt tillfredsställande kvantifiering.

Fastställande av en förväntad minimiersättning för aktiekapitaltillskottet till NordLB

(132) Förväntad avkastning på en investering och investeringsrisken är avgörande för marknadsmässiga investeringsbeslut. För att bedöma dessa aspekter tar investeraren hänsyn till alla tillgängliga uppgifter om bolag och marknad. Man kan utgå från tidigare genomsnittliga avkastningar som i allmänhet fungerar som referens även för bolagets framtida lönsamhet samt analysera företagets affärsverksamhet under investeringsperioden, bolagsledningens strategi och kvalitet samt prognoserna för branschen.

(133) En marknadsmässigt handlande investerare investerar bara om det ger högre avkastning eller lägre risk jämfört med andra alternativa för kapitalanvändningar. Därför görs inga investeringar i företag med lägre förväntad avkastning än den genomsnittliga avkastningen i andra företag med jämförbar riskprofil. I så fall finns troligen tillräckligt bra alternativ med högre förväntad avkastning och lägre risk.

(134) Det finns olika sätt att räkna ut en rimlig minimiersättning på. Det kan vara allt från olika varianter på finansieringsberäkningar till CAPM-metoden. I beräkningarna är det bra att skilja den riskfria avkastningen från den riskpremie som är kopplad till projektet.

Rimlig minimiavkastning på riskkapital

=

Riskfri grundräntesats + riskpremie för investeringen

Lämplig minimiersättning för riskkapital kan alltså beskrivas som summan av den riskfria avkastningen plus riskpremien för den individuella investeringen.

(135) Alla beräkningar av avkastningen utgår från att det finns en riskfri investeringsform med en likaledes riskfri avkastning. Den riskfria grundräntesatsen brukar fastställas utifrån den förväntade avkastningen på statliga värdepapper till fast ränta (till exempel i ett index för sådana värdepapper) i den mån de utgör investeringsformer med lika låg risk. Det finns dock olika metoder för att fastställa riskpremien.

- *Finansieringssätt*: Investerarens förväntade avkastning på eget kapital tar hänsyn till den finansierade bankens kommande finansieringskostnader. Denna beräkning bygger på att man först fastställer de tidigare kostnaderna för eget kapital för banker som är jämförbara med den aktuella banken. Det matematiska genomsnittsvärdet på de historiska kapitalkostnaderna jämförs sedan med de i framtiden förväntade kostnaderna för eget kapital och därmed även med investerarens förväntade avkastning.
- *Finansieringssätt med Compound Annual Growth Rate*: Denna beräkning bygger på ett geometriskt och inte ett matematiskt genomsnittsvärde (Compound Annual Growth Rate).
- *Capital Asset Pricing Model (CAPM)*: Det här är den mest kända och vanligaste metoden i dagens finanssektor enligt vilken investerarens förväntade avkastning beräknas med följande formel:

Minimivkastning

=

riskfri grundsats + (marknadsmässig riskpremie × beta)

Riskpremien för kapitalinvesteringen räknas ut genom att man multiplicerar den marknadsmässiga riskpremien med en betafaktor (marknadsmässig riskpremie × beta). Genom betafaktorn fastställs ett företags risk jämfört med alla företags sammanlagda risk.

(136) CAPM är den dominerande metoden för att beräkna avkastning på investeringar i stora börsnoterade företag. Eftersom NordLB inte är något börsnoterat företag kan man inte heller dra några direkta slutsatser om betavärdet. CAPM-metoden kan därför bara användas om betafaktorn uppskattas.

(137) I sina synpunkter av den 29 juli 2003 krävde BdB att CAPM skulle användas för att beräkna förväntad minimiersättning på ett aktiekapitaltillskott till NordLB när treuhandbolagens tillgångar överfördes den 31 december 1991 till ett värde på 13,34 %. Tyskland hade grundläggande invändningar mot CAPM-metoden. BdB utgick från en alltför hög betafaktor

och hade även felaktigt fastställt den riskfria grundräntan. Också den marknadsmässiga riskpremien på 4,6 % hade satts för högt. BdB kom med hjälp av CAPM-metoden fram till en mycket lägre minimiersättning för ett hypotetiskt aktiekapitaltillskott till NordLB.

(138) I sin överenskommelse om en marknadsmässig ersättning kom Niedersachsen, NordLB och BdB fram till att en minimiersättning på 10,03 % vore rimlig.

(139) Parterna använde CAPM-metoden för sina beräkningar och satte den riskfria grundräntan för NordLB till 7,15 % per den 31 december 1991. När räntesatsen fastställdes utgick man från att treuhandbolagens tillgångar skulle stå till NordLB:s förfogande under längre tid. Därför avstod parterna från att använda en riskfri avkastning per en viss dag på marknaden vid överföringen för en fast investeringsperiod (till exempel avkastningen på 10-åriga statsobligationer) eftersom en sådan beräkning inte tar hänsyn till refinansieringsrisken, dvs. risken att när investeringstiden löpt ut inte kunna återinvestera medlen mot samma riskfria ränta. Parterna anser att investeringsrisken bäst beräknas om man utgår från Total Return Index. Därför använde parterna det REX10-index för den tyska börsen som visar utvecklingen för tyska statslån med tio års löptid. Det index som använts innehåller de dåvarande årsresultaten i REX10 Performance Index från 1970. Parterna beräknade sedan den årliga avkastningen enligt REX10 Performance Index mellan 1970 och 1991 och kom på så sätt fram till den tidigare nämnda riskfria grundräntesatsen på 7,15 % (31 december 1991).

(140) Eftersom NordLB:s insättning faktiskt stod till förfogande under längre tid verkar denna metod lämplig i det föreliggande ärendet. Också REX10 Performance Index är en allmänt använd källa. Den framräknade riskfria grundräntesatsen verkar därför rimlig.

(141) Uppskattningen av betafaktorn till 0,72 byggde på ett utlåtande från KPMG om så kallade Adjusted Betafaktorer för alla börsnoterade kreditinstitut i Tyskland, som kommissionen fått en kopia av. Enligt denna undersökning och med hänsyn till NordLB:s affärsverksamhet tycks denna betafaktor vara lämplig.

(142) Kommissionen anser också att den marknadsmässiga riskpremien på 4,0 % är motiverad. Redan i beslut 2000/392/EG användes flera gånger den så kallade allmänna långfristiga marknadsmässiga riskpremien, 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 %. I ett utlåtande som gjordes för BdB:s räkning fastställdes till exempel alternativ mellan 3,16 % och 5 % och ett utlåtande som gjordes för WestLB under själva förfarandet räknade med mellan 4,5 % och 5 %, medan Lehman Brothers som också var verksamma för WestLB använde en räntesats på 4 %. Mot denna bakgrund har kommissionen i det aktuella ärendet ingen anledning att avvika från den marknadsmässiga riskpremie som användes i överenskommelsen. Enligt CAPM-metoden anser kommissionen att den minimiersättning som beräknats av parterna helt klart är rimlig.

- (143) Kommissionen inget stöd för att den minimiränta för ett hypotetiskt aktiekapitaltillskott som parterna räknat fram inte skulle klara ett marknadstest. Därför fastställer kommissionen i det föreliggande ärendet en rimlig minimiersättning till 10,03 % netto (efter bolagsskatt och före investeringsskatt).

(vi) **Avdrag på grund av bristande likviditet**

- (144) Tyskland anser att NordLB har erlagt en rimlig ersättning eftersom en privat investerare hade godtagit ett avdrag på grund av att han eller hon sparar in refinansieringskostnaderna. Eftersom investeraren skulle ha besparats refinansieringskostnader för kapitalet anser Tyskland att räntan på treuhandbolagens fondtillgångar bör ligga kring 9,5 %.

- (145) Kommissionen anser dock att det inte handlar om hur mycket delstaten i egenskap av investerare har sparar. Delstaten har överfört treuhandbolagens fondtillgångar i form av icke likvida medel till NordLB. Delstaten har dock inte gjort någon besparing, eftersom den i vilket fall som helst inte var skyldig att säkerställa tillgångarnas likviditet.

- (146) Ett normalt kapitaltillskott till en bank tillför dock såväl likvida medel som eget kapital, som tillsynsrättsligt krävs för att utvidga affärsverksamheten. För att fullt ut utnyttja kapitalet, dvs. för att utvidga de 100 % riskjusterade tillgångarna över 12,5 (100 delat med kapitaltäckningsgraden på 8 %) måste banken refinansiera sig 11,5 gånger på finansmarknaderna. 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 ⁽¹⁾.

- (147) Eftersom kapitalet från treuhandbolagen inte ökade NordLB:s likviditet hade banken ytterligare finansieringskostnader motsvarande kapitalbeloppet för att fullständigt kunna utnyttja de affärsmöjligheter som det supplementära

kapitalet gav, dvs. för att utvidga de riskjusterade tillgångarna med 12,5 gånger kapitalbeloppet (eller behålla samma nivå) ⁽²⁾. På grund av dessa extra kostnader, som inte uppkommer med normalt eget kapital, måste man göra ett motsvarande avdrag för att fastställa en rimlig ersättning. En privat investerare i en marknadsekonomi kan inte förvänta sig att få samma ersättning som vid tillskjutande av kontanta medel.

- (148) Kommissionen anser att grundräntan inte bör beräknas på hela refinansieringen. Refinansieringskostnader utgör driftskostnader och minskar därför den beskattningsbara inkomsten. Nettoresultatet för banken minskas alltså inte med beloppet av de extra räntebetalingarna. En del av dessa utgifter uppvägs nämligen av sänkt bolagsskatt. Endast nettokostnaderna bör betraktas som extrakostnader för NordLB till följd av det överförda kapitalets särskilda egenskaper. Sammanfattningsvis medger kommissionen således att NordLB får extra likviditetskostnader motsvarande refinansieringskostnaderna minus skatt.

- (149) Enligt REX 10 Performance Index för den tyska börsen låg den riskfria räntesatsen i slutet av 1991 på 7,15 %. Avkastningen på två tyska obligationslån med 30 års löptid som emitterades 1986 låg i slutet av 1991 på 7,8 % respektive 7,6 %. Tyskland har framfört att NordLB:s refinansieringssats per den 31 december 1991 uppgick till [...] %. I överenskommelsen utgick parterna från en långfristig riskfri räntesats på 7,15 %. Parterna enades dessutom om att använda en schablonskattesats på 50 % ⁽³⁾. Därmed kommer parterna fram till en nettofinansieringssats på 3,57 % och ett därmed motsvarande likviditetsavdrag.

- (150) Enligt överenskommelsen och det faktum att beloppen också ligger inom ramen för Tysklands tidigare nämnda ramar har kommissionen ingen anledning att inte godta satsen på 3,57 % och utgår därför från detta värde vid beräkningen av stödinslaget.

(v) **Avdrag på grund av överföringens särskilda karaktär**

- (151) När det föreligger särskilda omständigheter som avviker från vanliga aktiekapitaltillskott till de berörda företagen brukar man i beräkningen av ersättningen ta hänsyn till det genom motsvarande påslag och avdrag. Därför måste det nu prövas om de särskilda omständigheterna, i synnerhet riskprofilen för överföringen av treuhandbolagen, motiverar en justering av den minimiersättning på 10,03 % som en privat investerare enligt ovanstående beräkningar skulle

⁽²⁾ Situationen är densamma om man betraktar möjligheten att skaffa supplementärt kapital till samma belopp som det primära kapitalet (faktor 25 i stället för 12,5 för primärt kapital).

⁽³⁾ Enligt handlingar som den tyska regeringen lagt fram uppgick bolagsskatten 1992 till 46 %, till vilket kom solidaritetspåslaget på 3,75 %, dvs. totalt 49,75 %. Den totala skattesatsen sjönk 1993 till 46 % och uppgick mellan 1994 och 2000 till 49,5 %. Från och med 2001 uppgick den totala skattesatsen till 30 %.

⁽¹⁾ I själva verket är situationen naturligtvis mycket mer komplicerad, exempelvis på grund av poster utanför balansräkningen, olika riskvikt för tillgångar och riskfria poster. Det berör dock inte resonemanget i princip.

ha krävt för ett (hypotetiskt) aktiekapitaltillskott i NordLB. Därefter bör en metodiskt tillfredsställande kvantifiering göras. Tre aspekter tycks i sammanhanget behöva prövas. För det första varför inga nya andelar i verksamheten utfärdades, med därtillhörande rösträtt. För det andra den stora volymen på de överförda tillgångarna. För det tredje placeringens bristande fungibilitet.

(152) Delstaten fick genom överföringen ingen extra rösträtt och heller ingen kompensation genom liknande investeringar från övriga andelsägare. Genom att avstå från rösträtt går investeraren miste om möjligheten att påverka bankledningens beslut. Som kompensation för en större riskexponering, som inte balanseras av ett motsvarande större inflytande i företaget, skulle en normal investerare enligt den marknadsekonomiska investeringsprincipen kräva en större ersättning (också om risken mildrades genom interna avtal med andra ägare). Med utgångspunkt i den högre ersättningen för preferensaktier jämfört med stamaktier anser kommissionen att det är motiverat med ett påslag på minst 0,3 % årligen (efter bolagsskatt). Parterna i överenskommelsen anser också att ett påslag på 0,3 % är motiverat eftersom ingen ytterligare rösträtt utfärdades.

(153) De överförda tillgångarnas volym och deras betydelse för NordLB:s möjlighet att uppfylla kapitaltäckningsbestämmelserna har redan nämnts ovan (punkt 40). När fonderna från treuhandbolagen överfördes ökade NordLB: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 treuhandbolagens tillgångar. Å andra sidan är ett aktiekapitaltillskott på cirka 1,5 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 1991. 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. Därför beslutar kommissionen till förmån för NordLB att beräkna påslaget enligt överföringens volym. I överenskommelsen utgår man från att inga påslag kommer att göras på grund av överföringens omfattning.

(154) Den sista frågan avser investeringens bristande fungibilitet, dvs. omöjligheten att när som helst ta det investerade kapitalet ur företaget igen. Vanligtvis kan en investerare sälja kapitalinstrument till tredje man på marknaden och därmed avsluta sin investering. Aktiekapitaltillskott brukar nog räknat gå till så att investeraren tillskjuter medel på

balansräkningens aktivsida (antingen kontant eller in natura). På passivsidan tas detta upp som en överlåtbar andel till förmån för investeraren – i ett aktiebolag till exempel aktier. Aktierna kan avyttras till tredje man. Investeraren kan visserligen inte dra tillbaka sin ursprungliga investering eftersom den nu betraktas som bundet eget kapital i bolaget och därmed inte får disponeras av investeraren. Men genom att avyttra aktien kan investeraren – beroende på dagskursen på börsen – realisera motsvarande marknadsvärde. Därför är ett kapitaltillskott fungibelt. På grund av de särskilda omständigheterna i samband med överföringen av treuhandbolagens tillgångar har delstaten inte denna möjlighet. Kommissionen ser ingen anledning att göra några ytterligare påslag. Delstaten kunde visserligen inte fritt realisera investeringens marknadsvärde eftersom den inte var fritt överlåtbar, men hade och har ändå möjlighet att genom lag frigöra NordLB:s bundna fonder och på nytt överföra dem till andra organ med bättre avkastning. I överenskommelsen mellan BdB, delstaten och NordLB utgår man från att tillgångarnas bristande fungibilitet inte kommer att leda till något påslag.

(155) Kommissionen anser därför att ett sammanlagt avkastningspåslag på 0,3 % årligen (efter bolagsskatt) är rimligt för att man avstått från ytterligare rösträtter.

(vi) **Inget avdrag med anledning av den överenskomna schablonersättningen**

(156) Ersättningen för aktier är direkt beroende av företagets resultat och uttrycks främst genom utdelningar och andelar i företagets värdeökning (till exempel när aktiekursen stiger). Delstaten fick en schablonersättning vars storlek skulle inbegripa båda dessa aspekter på ersättningen för ett normalt kapitaltillskott. Man kan hävda att den fasta ersättning som delstaten får i stället för en ersättning direkt knuten till NordLB:s resultat innebär en fördel som skulle motivera en nedsättning av ersättningen. Om en sådan fast ersättning faktiskt är fördelaktigare än en variabel, vinstrelaterad, beror på företagets resultat. Om resultatet försämrats är schablonersättningen till fördel för investeraren, men om det överträffar förväntningarna är den till nackdel. Den faktiska utvecklingen kan dock inte i efterhand användas för att bedöma investeringsbeslutet. Därför anser kommissionen att ersättningsnivån inte bör förändras av denna anledning.

(vii) **Ersättning totalt**

(157) Av ovanstående skäl anser kommissionen att en rimlig ersättning för det ifrågavarande kapitalet skulle uppgå till 6,76 % (efter företagsskatt), nämligen 10,03 % i form av normal avkastning på den ifrågavarande investeringen plus

påslaget på 0,3 procentenheter för transaktionens särskilda karaktär minus 3,57 procentenheter på grund av de finansieringskostnader som uppstått för NordLB på grund av de överförda tillgångarnas bristande likviditet.

(viii) **Rimlig ersättning för beloppet på 100 miljarder mark**

(158) Såsom redan förklarats var även andelen eget kapital på 100 miljoner mark av ekonomisk betydelse för NordLB och dess 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. Överenskommelsen mellan BdB, förbundslandet och NordLB tiger i denna fråga.

(159) I beslutet om att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget citerade kommissionen en räntesats på 0,3 % årligen (efter skatt) som den tyska regeringen nämnt som en rimlig växelborgensavgift (avalprovision) för en bank som NordLB. Det verkar inte lämpligt att höja ersättningen med hänvisning till en särskilt stor omfattning på garantin, eftersom den omfattar cirka 100 miljoner mark. Inte heller anser kommissionen att det är motiverat med något påslag för de två åren 1992 och 1993 då klart mer än 100 miljoner mark stod till förfogande. Det är också tveksamt att höja satsen på grund av att NordLB i princip hade obegränsat kunde förfoga över treuhandbolagens tillgångar, av samma skäl som inget påslag gjordes på ersättningen för det kapital som stod till förfogande för den konkurrensutsatta verksamheten.

(160) Garantipremien utgör en driftsutgift för NordLB och minskar därför den beskattningsbara vinsten. Den ersättning som Niedersachsen skall erlägga för treuhandbolagens tillgångar skall betalas ur vinst efter skatt. Därför skall satsen 0,3 % anpassas till skattesatsen. Även vad gäller refinansieringskostnader utgår kommissionen – i detta fall enligt NordLB:s önskemål – från en sammanlagd schablon-skattesats på 50 %. Därför fastställer kommissionen en sats på 0,15 % netto efter skatt.

f) STÖDINSLAGET

(161) På grundval av beräkningarna ovan anser kommissionen att det är marknadsmässigt med en ersättning på 6,76 % efter skatt för den del av kapitalet, som NordLB kan använda för att täcka sin affärsverksamhet, dvs. 1,4 miljarder mark vid utgången av 1993, och på 0,15 % efter skatt för skillnaden mellan denna del och det belopp på 1,5 miljarder mark, som i NordLB:s balansräkning redovisades som eget kapital, dvs. 100 miljoner mark vid utgången av 1993.

(162) NordLB betalar en ersättning på 0,5 % netto efter skatt på det belopp som faktiskt utnyttjades som underlag för den konkurrensutsatta verksamheten. Denna ersättning betalades första gången för 1992.

(163) Utöver ersättningen på 0,5 % netto efter skatt hävdar Tyskland att en del av ersättningen var att Niedersachsen enligt överlåtelseavtalet hade rätt att ta upp amortering och ränta på treuhandbolagens fondtillgångar om marknadsvärdet översteg 1,5 miljarder mark.

(164) Kommissionen anser att en marknadsmässigt agerande investerare inte skulle ha gått med på att få en ersättning ur intäkter som är beroende av hur den bank som förvaltar fonderna betar sig. NordLB har dessutom inte haft något affärsmässigt utbyte av den del av tillgångarna som överstiger 1,5 miljarder mark (för vilken därför inte heller någon ersättning krävs). Uttag ur denna del av treuhandbolagens fondtillgångar kan därför inte heller betraktas som ytterligare ersättning, eftersom de inte affärsmässigt tillhörde NordLB utan kvarstod hos delstaten.

(165) De tyska myndigheterna hävdar att den egentliga anledningen till överföringen var de potentiella synergieffekterna och inte behovet av att öka NordLB:s eget kapital. Överföringen av fondmedlen hade dock åtminstone till syfte att uppfylla kraven i kapitaltäckningsdirektivet. Om övriga synergieffekter och besparingar uppstod för treuhandbolagen gynnades de genom sänkta kostnader, men det utgör ingen motprestation från NordLB:s sida för det primära kapitalet. Eftersom synergieffekterna varken minskade det överförda kapitalets användbarhet för NordLB eller ökade bankens kostnader för överföringen bör de inte heller påverka vilken ersättning en privat investerare i en marknadsekonomi 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 (treuhandbolag) utöver en rimlig ersättning för tillhandahållet kapital. Synergieffekter vid fusion brukar dessutom gynna alla företag som fusionerar. Det är svårt att förstå varför NordLB inte skulle tjäna något alls på dessa fördelar. Kommissionen anser därför att dessa synergieffekter inte utgjorde en ersättning från NordLB för överföringen.

(166) Slutligen leder den så kallade ägareffekten inte till någon högre ersättning än 0,5 % netto. Som redan sagts ovan skulle en marknadsmässigt agerande investerare som redan äger andelar i ett företag inte avstå från en direkt ersättning om en eller flera delägare gynnas av kapitaltillskottet utan att själva bidra. Eftersom NSGV inte bidrog med något

År	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
1. Tillgänglig andel för den konkurrensutsatta verksamheten	1 400	1 390	1 390	1 390	1 390	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
2. Återstod (differens mot 1 500 miljoner mark)	100	110	110	110	110	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ersättning på 6,76 % netto (efter skatt) för 1.	94,64	93,96	93,96	93,96	93,96	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ersättning på 0,15 % netto (efter skatt) för 2.	0,15	0,16	0,16	0,16	0,16	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Marknadsmässig ersättning totalt	94,79	94,12	94,12	94,12	94,12	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Faktisk ersättning (efter skatt) (0,5 %)	7	6,95	6,95	6,95	6,95	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Stödslag	87,79	87,17	87,17	87,17	87,17	87,17	85,88	85,88	85,88	85,88

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.

- (169) Skillnaden mellan den erlagda ersättningen på 0,5 % netto och den rimliga ersättningen på 6,76 % netto (för den del av treuhandbolagens fondtillgångar som NordLB kunde utnyttja i den konkurrensutsatta verksamheten) samt ersättningen på 0,15 % netto (avseende den del av tillgångarna som liknar en bankgaranti) utgör sådant stöd som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.
- (170) Stödslaget från det att stödet beviljades fram till slutet av 2003 uppgår till 923,82 miljoner mark. Detta belopp uppgår i euro till 472,34 miljoner euro. NordLB förfogar fortfarande över treuhandbolagens tillgångar. Därför ökar stödslaget fortlöpande.
4. *BEDÖMNING AV ÅTGÄRDEN I FÖRHÅLLANDE TILL ARTIKEL 73 I EG-FÖRDRAGET*
- (171) Det framgår ovan att alla förutsättningar för statligt stöd föreligger enligt artikel 87.1 i EG-fördraget och att överföringen av treuhandbolagens fondtillgångar därför är ett sådant statligt stöd som avses i artikeln. Sedan måste det utredas om stödet kan anses förenligt med den gemensamma marknaden. Den tyska regeringen har endast åberopat undantagsbestämmelsen i artikel 86.2 i EG-fördraget med avseende på eventuella inslag av stöd i samband med överföringen av fonderna.
- (172) Ingen av undantagsbestämmelserna i artikel 87.2 i EG-fördraget är tillämplig. Stödet är inte av social karaktär och avser inte heller 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.
- (173) 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.
- (174) Eftersom NordLB: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 NordLB 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.
- (175) Enligt artikel 87.3. c i EG-fördraget kan stöd anses förenliga med den gemensamma marknaden om de underlättar utvecklingen av vissa näringsverksamheter. Detta skulle i princip även kunna gälla omstruktureringstöd inom banksektorn. I det föreliggande fallet saknas dock förutsättningar för att tillämpa denna undantagsbestämmelse. NordLB klassificeras inte som ett företag i svårigheter, som genom statligt stöd skulle få hjälp att återställa sin lönsamhet.
- (176) 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" ⁽¹⁾.
- (¹) Rapporten förelades rådet (ekonomi och finans) den 23 november 1998, men offentliggjordes inte. Den kan erhållas från kommissionens generaldirektorat för konkurrens, avdelning IV och finns också på kommissionens webbplats.

(177) Tyskland framhåller att om NordLB gynnas av överlåtelsen av fondmedlen rörde det sig endast om en kompensation för kostnader som uppkom inom ramen för det offentliga uppdraget. NordLB är inte bara en delstatsbank utan även i Braunschweig även en sparbank. Därmed uppfyller man inte bara de vanliga offentliga uppdragen som en delstatsbank har och därmed förknippade kostnader utan bedriver även sparbanksverksamhet.

(178) Tyskland har dock inte kvantifierat kostnaderna för NordLB:s offentliga uppdrag. Kommissionen kan därför inte bevilja undantag enligt artikel 87.1 eller artikel 86.2 i EG-fördraget. Det är dessutom tydligt att överföringen gjordes för att ge NordLB möjlighet att uppfylla de nya kapitaltäckningskraven och inte som kompensation för det offentliga uppdraget.

(179) 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 den gemensamma marknaden.

5. INGA KVARVARANDE STÖD

(180) I motsats till vad Tyskland hävdar omfattas överföringen av treuhandbolagens fondtillgångar inte heller av stödbestämmelserna om institutionellt ansvar eller garantiansvar.

(181) För det första är inte det inledande villkoret uppfyllt, enligt vilket det faktiska garantiansvaret är en garanti gentemot fordringsägare om bankens tillgångar inte räcker till. Kapitaltillskottet avser inte NordLB:s fordringsägare och inte heller var NordLB:s tillgångar uttömda.

(182) För det andra kan inte heller institutionella ansvar åberopas. Institutionellt ansvar kräver att de som har ansvaret (Niedersachsen och NSGV) skall förse NordLB med de medel som krävs för att bedriva verksamhet som delstatsbank, om de bestämmer att driva verksamheten vidare. När kapitalöverföringen gjordes var NordLB inte alls i sådana svårigheter att det var omöjligt att driva verksamheten vidare. Kapitalöverföringen var alltså inte nödvändig för att NordLB skulle kunna driva verksamheten vidare. Istället gjorde kapitalöverföringen det möjligt att undvika en sådan reducering av delstatsbankens affärsverksamhet som skulle ha krävts enligt de nya bestämmelserna om eget kapital i kapitaltäckningsdirektivet, och gjorde det till och med möjligt att utvidga delstatsbanken. NordLB 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 delstatens sida är "undsättningsbestämmelserna" om institutionellt ansvar inte tillämpliga. I avsaknad av andra tillämpliga undantagsbestämmelser om stöd enligt artikel 87.1 eller 88.1 i EG-fördraget måste kapitalöverföringen därför betraktas som ett sådant nytt stöd som avses i artikel 87.1 och artikel 88.3 i EG-fördraget.

VI. SLUTSATSER

(183) Kommissionen konstaterar att Tyskland olagligen har beviljat den nya stödåtgärden i strid med artikel 88.3 i EG-fördraget.

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

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

1. Differensen mellan den rimliga ersättningen på cirka 6,76 % netto (efter bolagsskatt och före investeringsskatt) och den ersättning som Norddeutsche Landesbank – Girozentrale och delstaten Niedersachsen enades om på 0,5 % netto (efter bolagsskatt och före investeringsskatt) för den del av kapitalöverföringen som Norddeutsche Landesbank- Girozentrale från och med den 1 januari 1992 kunde använda i sin konkurrensutsatta verksamhet utgör ett stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden.

2. Eftersom ingen rimlig ersättning kring 0,15 % netto (efter bolagsskatt och före investeringsskatt) erlades för den del av kapitalet som överfördes till Norddeutsche Landesbank – Girozentrale och som kunde användas av dem som garanti från och med den 1 januari 1992, utgör detta ett stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden.

3. Beloppet för de stöd som avses i punkt 1 och 2 uppgår för perioden mellan den 1 januari 1992 till den 31 december 2003 till 472,34 miljoner euro.

Artikel 2

1. Tyskland skall senast den 31 december 2004 avskaffa det stöd som avses i artikel 1.1 och 1.2.

2. Tyskland skall vidta alla åtgärder som är nödvändiga för att från stödmottagarna återkräva det stöd som avses i artikel 1.1 och 1.2 och som olagligen ställts till förfogande.

Det stöd enligt artikel 1.1 och 1.2 som skall återkrävas omfattar följande:

a) För perioden mellan den 1 januari 1992 och den 31 december 2003 tillämpas det belopp som avses i artikel 1.3.

- b) För perioden mellan den 1 januari 2004 och den dag stödet avskaffades tillämpas ett belopp som fastställs enligt den beräkningsmetod som avses i artikel 1.1. och 1.2.

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 enligt bestämmelserna i kapitel V i kommissionens förordning (EG) nr 794/2004 ⁽¹⁾.

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.

Utfärdat i Bryssel den 20 oktober 2004.

På kommissionens vägnar

Mario MONTI

Ledamot av kommissionen

⁽¹⁾ 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. Följande detaljuppgifter önskas om det olagliga stöd som har betalats till stödmottagaren:

Datum för utbetalningen (*)	Stödbelopp (*)	Valuta	Stödmottagarens namn och adress

(*) 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. **Planerade och redan vidtagna åtgärder för att kräva tillbaka stödet**

2.1. Redogör noggrant för vilka åtgärder som planeras respektive redan vidtagits för att stödet skall betalas tillbaka omedelbart och effektivt. Ange också den nationella lagstiftningens eventuella alternativa åtgärder för att kräva tillbaka stödet. 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 (*)	Återbetalt belopp	Valuta	Stödmottagarens namn och adress

(*) Återbetalningsdatum

3.2. Bifoga handlingar som styrker att de belopp som anges i tabellen vid punkt 3.1 har betalats tillbaka.

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 20 oktober 2004

om ett stöd som Tyskland beviljat till förmån för Bayerische Landesbank – Girozentrale

[delgivet med nr K(2004) 3927]

(Endast den tyska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2006/739/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 att i enlighet med ovan nämnda artiklar ha givit berörda
parter tillfälle att yttra sig ⁽¹⁾ och med beaktande av dessa
synpunkter, och

av följande skäl:

I. FÖRFARANDE

- (1) Föremål för förfarandet är delstaten Bayerns överföring av lån till stöd för bostadsbyggande till Bayerische Landesbank – Girozentrale (nedan kallad "BayernLB"). 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 ökning av delstatsbankernas kapitalbas i andra delstater. Tyskland uppmanades ange vilka banker som gynnats av en överföring av tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande och på vilka grunder transaktionerna kunde motiveras.
- (3) De tyska myndigheterna översände svarsskrivelser daterade 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 underrättade *Bundesverband deutscher Banken e.V.* (nedan kallad BdB), som företräder privatbanker med säte i Tyskland, bland annat kommissionen om att lån till stöd för bostadsbyggande tillförts BayernLB:s garantikapital med stöd av lagen av den 23 juli 1994. BdB ansåg att den därmed förbundna ökningen av BayernLB: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 skrivelserna 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 Westdeutsche Landesbank, Norddeutsche Landesbank, Landesbank Schleswig-Holstein, Hamburger Landesbank och Landesbank Berlin. 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 1007 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.

- (7) Kommissionen undersökte därefter överföringen av tillgångar till Westdeutsche Landesbank (WestLB) och förklarade att överföringarna till övriga banker skulle prövas mot bakgrund av resultatet av WestLB-ärendet ⁽²⁾. I det ärendet beslöt kommissionen slutligen 1999 att förklara stödåtgärden (skillnaden mellan den utbetalda ersättningen och den marknadsmässiga ersättningen) oförenlig med den gemensamma marknaden och att förordna om återkrav av stödet ⁽³⁾. Detta beslut upphävdes av förstainstansrätten den

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

⁽³⁾ EGT L 150, 23.6.2000, s. 1. Detta beslut har överklagats av Tyskland (EG-domstolen, C 376/99), av Nordrhein-Westfalen (förstainstansrätten, T 233/99) och av WestLB (förstainstansrätten, T 228/99). Kommissionen har inlett ett överträdelseförfarande (EG-domstolen, C 209/00).

⁽¹⁾ EUT C 81, 4.4.2003, s. 13.

- 6 mars 2003 på grund av att två faktorer för fastställande av ersättnings storlek var otillräckligt motiverade ⁽⁴⁾). Den 20 oktober 2004 utfärdade kommissionen, med kännedom om en överenskommelse mellan den klagande parten och samtliga berörda delstatsbanker (med undantag för Helaba) samt respektive delstater, ett nytt beslut som tar hänsyn till förstainstansrättens kritikpunkter.
- (8) Den 1 september 1999 skickade kommissionen en begäran om upplysningar till Tyskland avseende överföringarna till övriga delstatsbanker. Förbundsregeringen översände därefter genom en skrivelse av den 8 december 1999 upplysningar om överföringen av delstatens lån till stöd för bostadsbyggande till BayernLB. Förbundsregeringen kompletterade dessa upplysningar genom skrivelser av den 22 januari och den 3 juli 2001 efter det att kommissionen begärt ytterligare upplysningar.
- (9) Genom en skrivelse av den 13 november 2002 underrättade kommissionen Tyskland om sitt beslut att inleda ett formellt förfarande enligt artikel 88.2 avseende överföringen av delstaten Bayerns lån till stöd för bostadsbyggande till BayernLB. Samtidigt har kommissionen också inlett ett förfarande med anledning av liknande överföringar av tillgångar till Norddeutsche Landesbank – Girozentrale, Landesbank Schleswig-Holstein – Girozentrale, Hamburgische Landesbank – Girozentrale och Landesbank Hessen-Thüringen. Dessförinnan hade kommissionen redan i juli 2002 inlett ett förfarande avseende ett liknande fall där delstaten Berlin överfört tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande till Landesbank Berlin.
- (10) Besluten om att inleda förfarandet offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* ⁽⁵⁾. Kommissionen anmodade alla berörda parter att inkomma med synpunkter.
- (11) Genom en skrivelse av den 15 april 2003 yttrade sig Tyskland om inledandet av förfarandet i BayernLB-ärendet.
- (12) Genom en skrivelse av den 29 juli 2003 yttrade sig BdB om alla beslut av den 13 november 2002 om att inleda förfarandet.
- (13) Som svar på ytterligare en begäran om upplysningar från kommissionen av den 5 september 2003 översände Tyskland genom en skrivelse av den 24 oktober ytterligare upplysningar och gick in på BdB:s yttrande om BayernLB. Genom en skrivelse av den 30 oktober 2003 översände Tyskland redogörelser som delstatsregeringen i Nordrhein-Westfalen och WestLB lämnat till BdB för yttrande. Dessa redogörelser avser även det förfarande som inletts med anledning av att lånet till stöd för bostadsbyggande överförts till BayernLB.
- (14) Genom en skrivelse av den 15 mars 2004 underrättade Tyskland kommissionen om att BayernLB:s stadgar ändrats den 5 mars 2004. Ändringen innebär att de överförda bundna tillgångarna, utan att det påverkar deras funktion som garantikapital, inte längre står till förfogande för att täcka BayernLB:s konkurrensutsatta verksamhet. Kommissionen skickade en begäran om ytterligare upplysningar den 7 april, den 27 april och den 23 juni 2004, och Tyskland svarade genom skrivelser av den 1 juni och den 6 juni 2004. Kommissionens sista begäran om upplysningar av den 27 juli 2004 besvarades av Tyskland genom en skrivelse av den 18 augusti 2004.
- (15) 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 Bayern och BayernLB den 10 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 BayernLB, i dess slutliga lydelse, inkom till kommissionen den 24 september 2004. Därefter följde, utom i fråga om Helaba, även i övriga fall motsvarande överenskommelser med anledning av överföringen av tillgångar till delstatsbanker. Dessa överenskommelser översändes till kommissionen.

II. DETALJERAD BESKRIVNING AV ÅTGÄRDERNA

1. BAYERISCHE LANDESBANK – GIROZENTRALE

- (16) Bayerische Landesbank Girozentrale (BayernLB) med säte i München är med en koncernbalansomslutning på 313 miljarder euro (per den 31 december 2003) en av Tysklands största banker. BayernLB uppstod 1972 genom en fusion mellan Landesbodenkreditanstalt ("LABO") och Bayerischer Gemeindebank (Girozentrale) ⁽⁶⁾. Banken är ett offentligt kreditinstitut och har rättslig status av offentligt kreditinstitut. Ägare av BayernLB är – indirekt – delstaten Bayern och Bayerische Sparkassen- und Giroverband (Sparkassenverband Bayern), som äger 50 % vardera. Aktieägarna kom 2002 överens om att mot beviljande av aktier överföra sina andelar i BayernLB till BayernLB Holding AG, som delstaten Bayern och Sparkassenverband äger med vardera 50 %. BayernLB Holding AG är ensam ägare av Bayerische Landesbank och är självt inget kreditinstitut.

⁽⁴⁾ Dom i förenade målen T-228/99 och T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale och delstaten Nordrhein-Westfalen mot kommissionen, REG 2003, 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; Landesbank Hessen-Thüringen: EUT C 73, 26.3.2003, s. 3 och Landesbank Schleswig-Holstein: EUT C 76, 28.3.2003, s. 2.

⁽⁶⁾ Artikel 1 i lagen om grundandet av Bayerische Landesbank Girozentrale.

(17) I årsredovisningen konstaterades en andel primärt kapital på 7,8 % och en andel eget kapital på 11,3 % år 2003. Avkastningen på eget kapital låg år 2002 på 4,3 % och år 2003 på 4,9 %, vilket innebar en kraftig tillbakagång jämfört med åren innan, då avkastningen på eget kapital ännu uppgick till 15,5 % (2000) och 18,7 % (1999).

(18) På grund av ägarstrukturen fungerar BayernLB som delstaten Bayerns egen bank och som centralinstitut för de bayerska sparkassorna. I nära samarbete med de associerade parterna bidrar banken, enligt egen utsago, till att varaktigt säkra och förstärka Bayerns ekonomiska position. Dessutom agerar BayernLB som internationell "wholesalebank" med verksamhet på investment- och affärsbanksområdet. Dessutom är den enligt egen uppgift en av Tysklands största emissionsfirmor. Målkunderna är delstater och kommuner, sparkassar, multinationella koncerner, inhemska företag, den privata och kommersiella fastighetsbranschen samt institutioner och finansinstitut. BayernLB sköter Bayerische Landesbodenkreditanstalt (LABO) som organ för delstatens bostadspolitik samt Landesbausparkasse Bayern (LBS) i deras egenskap av filialer.

(19) Med sina över 9 000 medarbetare finns BayernLB representerat vid världens viktigaste finanscentra. På de europeiska kärnmarknaderna, som omfattar Mellan- och Östeuropa, samt i Nordamerika och Asien erbjuder BayernLB sina kunder en omfattande palett av banktjänster via egna filialer, representationskontor och holdingbolag. Efter en omläggning av nätet av stöddepunkter som ägde rum 2003 har BayernLB i dag, förutom två stöddepunkter i Bayern och 15 direktioner för LBS-Bayern, dessutom fyra stöddepunkter i Europa och sammanlagt nio i hela världen.

(20) De 84 bayerska sparkassorna (31 december 2003), Versicherungskammer Bayern, Landesbausparkasse (LBS) och Bayerische Landesbank utgör Sparkassen-Finanzgruppe Bayern. Inom ramen för detta förbund tillhandahålls alla tjänster inom finanssektorn i enlighet med "allfinanskonceptet".

2. ÖVERFÖRING AV LÅN TILL STÖD FÖR BOSTADSBYGGANDE TILL BAYERNLB

(21) Som ett led i förstärkningen av BayernLB:s nationella och internationella konkurrensförmåga beslutade delstatsparlamentet i Bayern den 23 juli 1994 om en lag om skapande av bundna tillgångar genom överföring av

trehandfordringar till Bayerische Landesbank Girozentrales garantikapital ("Zweckvermögensgesetz", nedan kallad lagen om bundna tillgångar) (7). Enligt artikel 1.1 i lagen om bundna tillgångar bemyndigas delstatsregeringen att till BayernLB överföra av LABO 1957–1990 förvaltade delstatsmedel för upprättande av en särskild reserv. De överförda bundna tillgångarna skulle även i fortsättningen användas för byggande av offentligt subventionerade bostäder.

(22) Enligt motiveringen till lagen behövdes det en ökning av kapitalbasen för att garantera en fortsättning på BayernLB:s framgångsrika affärsverksamhet (8). En utebliven förstärkning av kapitalbasen kunde inte komma i fråga, eftersom BayernLB:s konkurrenskraft därmed skulle skadas på ett varaktigt sätt. Enligt motiveringen till lagen skulle BayernLB:s kapitalbas förstärkas genom en överföring av dittillsvarande statliga byggglänefordringar (9).

(23) Den första delen av utestående fordringar för stödlån på omkring 3 811 miljoner tyska mark överfördes till BayernLB med verkan från den 31 december 1994 enligt ett överföringsavtal av den 15 december 1994 (10). En andra del av utestående fordringar för stödlån på 1 216 miljoner tyska mark överfördes till BayernLB med verkan från den 31 december 1995 enligt ett överföringsavtal av den 28 december 1995 (11). Därmed överfördes tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande på sammanlagt omkring 5 027 miljoner tyska mark till BayernLB.

3. KAPITALKRAV ENLIGT KAPITALBASDIREKTIVET OCH KAPITALTÄCKNINGSDIREKTIVET

(24) Enligt rådets direktiv 89/647/EEG om kapitaltäckningsgrad för kreditinstitut (12) (nedan kallat "kapitaltäckningsdirektiv") och rådets direktiv 89/299/EEG om kapitalbasen i kreditinstitut (13) (nedan kallat "kapitalbasdirektiv"), 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 av avgörande betydelse för att fastställa en banks totala kapitalbas enligt banktillsynslagstiftningen, eftersom supplementärt kapital (*Tier 2*-kapital) endast godkänns som täckning för en banks risktransaktioner upp till ett belopp som motsvarar bankens primära kapital.

(7) Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt Nr. 18/1994, s. 602.

(8) Bayerischer Landtag, 12. Wahlperiode Drucksache 12/15851, 7 juni 1994.

(9) Bayerischer Landtag, 12. Wahlperiode Drucksache 12/15851, 7 juni 1994.

(10) Överföringsavtal mellan delstaten Bayern och Bayerische Landesbank Girozentrale av den 15 december 1994.

(11) Överföringsavtal av den 28 december 1995 mellan delstaten Bayern och Bayerische Landesbank Girozentrale för den andra delen av överföringen, som i sin helhet avser bestämmelserna i överföringsavtalet av den 15 december 1994.

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

(13) EGT L 124, 5.5.1989, upphävt och ersatt av direktiv 2000/12/EG, EGT L 126, 26.5.2000.

(25) Före den 30 juni 1993 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 många delstatsbanker relativt dåligt utrustade med garantikapital. 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 affärsvolymerna.

(26) 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. Man beslutade således att överföra tillgångar och kapital, t.ex. i fallet WestLB tillgångarna från Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen ("Wfa"). I fallet BayernLB tillfördes de ovannämnda lånen till stöd för bostadsbyggande först efter detta datum och förstärkte alltså oberoende av denna konkreta orsak kapitalbasen för upprätthållande eller utvidgning av affärsmöjligheterna i allmänhet.

4. ÖVERFÖRINGENS INVERKAN PÅ BAYERNLB:S KAPITALBAS

(27) Omfattningen av ett kreditinstituts affärsverksamhet är starkt beroende av storleken på dess kapitalbas. Bankens kapitalbas ökade betydligt genom att lånet till stöd för bostadsbyggande överfördes från LABO till BayernLB.

(28) Innan lånen till stöd för bostadsbyggande överfördes till BayernLB bedömdes de i två utlåtanden från revisionsfirman [...] (*) av den 5 oktober 1994 och 30 april 1996, och det i utlåtandena fastställda kontantvärdet på lånefordringarna tillfördes BayernLB:s kapitalbas i form av en kapitalreserv. Kontantvärdet på den första delen per den 31 december 1994 uppgick till 655 miljoner tyska mark, medan kontantvärdet på den andra delen per den 31 december 1995 uppgick till 542 miljoner tyska mark. Härmed uppstod en särskild reserv på 1,197 miljarder tyska mark.

(29) Genom en skrivelse av den 8 maj 1996 meddelade den tyska tillsynsmyndigheten för kreditväsendet, *Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen*⁽¹⁵⁾ (nedan kallad "BAKred") att

⁽¹⁴⁾ Enligt kapitaltäckningsdirektivet skall kreditinstitut ha en kapitalbas som uppgår till minst 8 % av deras riskjusterade tillgångsposter, medan det i den gamla tyska regleringen krävdes en kvot på 5,6 %. Denna kvot baserades dock på en snävare definition av kapitalbasen än den som gäller efter det att kapitalbasdirektivet trätt i kraft.

(*) Konfidentiella uppgifter har utelämnats ur texten och ersatts av hakparenteser och asterisk.

⁽¹⁵⁾ Numera Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht ("BaFin").

den från BayernLB:s sida bildade reserven på 655 miljoner tyska mark i sin helhet godkänns som garantikapital enligt § 19 i lagen om kreditväsendet. Efter att ha godkänt hela den särskilda reserven på 1,197 miljarder tyska mark som primärt kapital med garantifunktion bekräftade BAKred genom en skrivelse av den 20 december 1996 att BayernLB:s garantikapital, inklusive det supplementära kapitalet, uppgick till 14,6 miljarder tyska mark per den 23 december 1996⁽¹⁶⁾. Det primära kapitalets andel av garantikapitalet uppgick därmed till sammanlagt 8,8 miljarder tyska mark.

(30) Kapitaltillskottet i form av en särskild reserv utgjorde därför cirka 8 % av garantikapitalet på 14,6 miljarder tyska mark per den 31 december 1995 och cirka 13 % av det godkända primära kapitalet på omkring 8,8 miljarder tyska mark.

(31) Enligt tillgängliga upplysningar kunde medlen i praktiken användas till att täcka skulder från och med mottagandet av BAKreds beslut, dvs. till ett belopp av 655 miljoner tyska mark fr.o.m. den 20 maj 1996 och till ett belopp av 1,197 miljarder tyska mark fr.o.m. den 23 december 1996.

(32) Enligt Tyskland har BayernLB i själva verket använt den särskilda reserven en enda gång, år 1998, för ett belopp av 14 miljoner tyska mark, och då bara för en månad.

(33) Tyskland anförde vidare att det av BAKred som kapitalbas godkända kontantvärdet på 1,197 miljarder tyska mark på den särskilda reserven enbart skall förstås som en övre gräns för det belopp som står till buds för att täcka risktillgångar och inte varaktigt och oförändrat stod till förfogande till det beloppet som underlag för långivning. Dessutom påstods kontantvärdet ha varierat, framför allt på grund av löpande användning av likvida medel för att bevilja lån på nytt, vilket endast delstaten Bayern kunde besluta om enligt § 1.3 i överföringsavtalet⁽¹⁷⁾, men också på grund av efterskänkningar av delar av den utestående skulden som sammanhänger med vissa hänsynstaganden. Kontantvärdet på de bundna tillgångarna underskred det med stöd av banktillsynslagstiftningen godkända beloppet på 1,197 miljarder tyska mark med [...] tyska mark 1998 och med [...] euro 1999 och måste utjämnas med hjälp av andra kapitalposter. Enligt Tyskland stod kapitalet inte som helhet till förfogande som belopp för att täcka risktillgångar i den omfattning som BAKred godkänt.

⁽¹⁶⁾ Skrivelse från BAKred av den 20 december 1996.

⁽¹⁷⁾ Såsom Tyskland förklarar kan detta leda till ett mindre kontantvärde vid en längre genomsnittlig löptid än ursprungligen planerat och till ett större kontantvärde vid en kortare genomsnittlig löptid. Om det faktiska kontantvärdet hade överskridit det av BAKred godkända och balanserade beloppet på 1,197 miljarder tyska mark, skulle mellanskillnaden bokföras som reserv för utjämnning/kompensation av risker på grund av det förändrade kontantvärdet.

(34) De faktiska fluktuationerna har Tyskland åskådliggjort i följande diagram (Diagram 1):

	1994	1995	1996	1997	1998	1998	1999	2000	2001	2002	2003
	DEM	DEM	DEM	DEM	DEM	EUR	EUR	EUR	EUR	EUR	EUR
Kontantvärdet på de bundna tillgångarna	655 728	1 233 164	1 229 258	1 255 390	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Förändring i kontantvärdet på de bundna tillgångarna		577 436	- 3 906	26 132	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Särskild reserv som uppförts som eget kapital	655 000	1 197 000	1 197 000	1 197 000	1 197 000	612 016	612 016	612 016	612 016	612 016	612 016
Skillnad mellan kontantvärde och belopp som uppförts som eget kapital	728	36 164	32 258	58 390	[...] ⁽¹⁾	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(1) Den enda omständigheten som gjorde att de 1,197 miljarder tyska mark som med stöd av banktillsynslagstiftningen godkändes som övre gräns, till följd av minskningen på [...] tyska mark kom ner till en nivå som var [...] tyska mark lägre, var enligt Tyskland att kontantvärdet 1997 (tillfälligt) hade varit högre än denna övre gräns.

5. ERSÄTTNING FÖR DET ÖVERFÖRDA EGNA KAPITALET

(35) Enligt § 4.1 i överföringsavtalet av den 15 december 1994 mellan delstaten Bayern och BayernLB kom man överens om en ersättning för de medel som ställts till förfogande genom överföringen, men bara på det belopp som togs i anspråk. Enligt överföringsavtalet skulle ersättningen, som skulle betalas av rörelseresultatet från bankverksamhet, uppgå till 0,6 % av den andel av de överförda medlen som faktiskt tagits i anspråk för att stödja den konkurrensutsatta verksamheten, varvid ersättningen förföll till betalning i samband med fastställandet av balansräkningen för räkenskapsåret i fråga ⁽¹⁸⁾. Vid fastställandet av denna ersättningsandel tog man enligt upplysningar från Tyskland hänsyn till att den särskilda reserven ställts till förfogande utan likviditet, så att en faktisk utvidgning av affärsverksamheten helt och hållet måste finansieras genom upplåning av likvida medel.

(36) Enligt Tyskland klassificerades ersättningen för de bundna tillgångarna i skattehänseende som vinstdisposition, och kunde således inte dras av som driftsutgift, och därmed skulle ersättningen betalas ut efter skatt.

(37) Vad avser grunden för beräkning av den ersättning som skulle betalas uppgav Tyskland under förfarandet att om den särskilda reserven använts helt och hållet skulle den överenskomna ersättningen på 0,6 % per år ⁽¹⁹⁾ ha uppgått till cirka 7,2 miljoner tyska mark. Såsom redan konstaterats har BayernLB enligt Tyskland i själva verket använt den särskilda reserven en enda gång, år 1998, för ett belopp av 14 miljoner tyska mark, och då bara för en månad, för vilket betalades en ersättning på 7 000 tyska mark.

(38) Dessutom har BayernLB enligt § 6.2 i överföringsavtalet av den 15 december 1994, läst i samband med § 2 i

överföringsavtalet av den 28 december 1995, betalat delstaten en avgift på 0,05 % för övertagandet av en fullgörandegaranti för lån från de bundna tillgångarna. Tyskland har gett detaljerade siffror om de utbetalade beloppen.

III. SKÅL FÖR INLEDANDE AV FÖRFARANDET

(39) I sitt beslut av den 13 november 2002 om att inleda förfarandet konstaterade kommissionen att delstaten Bayerns överföring av lån till stöd för bostadsbyggande till BayernLB troligen utgjorde statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

(40) 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.

(41) I det aktuella ärendet ansåg kommissionen att den ekonomiska fördel som beviljats BayernLB genom tillskottet av eget kapital framför allt bestod av en ökning av utlåningskapaciteten i BayernLB: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

⁽¹⁸⁾ § 4.3 i överföringsavtalet av den 15 december 1994.

⁽¹⁹⁾ § 4.1 i överföringsavtalet av den 15 december 1994.

skall kompletteras med en riskpremie som återspeglar de ökade riskerna för kapitalbasen. Eftersom Tyskland redan hade uppgett att ersättningsatsen för en långfristig riskfri investering uppgick till 7,9 % per år vid utgången av 1994 när överföringen av tillgångar ägde rum, betvivlade kommissionen allvarligt att en ersättning på 0,6 % per år för den kapitalbas som faktiskt tagits i anspråk kunde anses marknadsmässig, även om den nödvändiga riskpremien inte beaktades.

- (42) 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. Det verkade också tveksamt huruvida det i fråga om de ytterligare ersättningskomponenter som Tyskland anförde, t.ex. avgiften motsvarande 0,05 % per år i garanterade överförda fordringar till förmån för delstaten Bayern för övertagandet av en fullgörandegaranti som täcker lånefordringarna, låntagarnas räntebetalningar som också går till delstaten eller räntan på tillfälliga investeringar ⁽²⁰⁾ faktiskt rörde sig om en ersättning för att garantikapitalet användes till att utvidga affärsverksamheten.
- (43) Kommissionen medgav dock att det överförda kapitalets bristande likviditet måste beaktas när en marknadsmässig ersättning fastställs. Enligt artikel 1 i lagen om bundna tillgångar måste lånen till stöd för bostadsbyggande, som utgör den särskilda reserven, på samma sätt som före överföringen användas till att främja byggandet av offentligt subventionerade bostäder. Överföringen av tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande tillförde därför BayernLB ingen likviditet. Bankens icke-likvida medel tillät visserligen en ökning av dess volym, men det bör beaktas att banken kunde uppnå största möjliga ökning av sin affärsvolym endast om den i full utsträckning refinansierade de extra kreditvolymerna på kapitalmarknaden. Delstaten kunde därför inte förvänta sig exakt samma avkastning som en tillhandahållare av likvida medel, och ersättningen måste minskas i motsvarande mån.
- (44) Kommissionen kunde inte se att delstaten vid överföringen av lånen till stöd för bostadsbyggande 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 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.
- (45) 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. SYNPKUNKTER FRÅN TYSKLAND

- (46) I sina synpunkter på beslutet om att inleda förfarandet intog Tyskland ståndpunkten att överföringen av de bundna

tillgångarna till BayernLB, till skillnad från WestLB-ärendet, inte var jämförbart med ett tillskott av aktiekapital, utan med passiva innehav (*Stille Einlagen*) i den mening som avses i § 10.4 i lagen om kreditväsendet, vilket kommissionen försummat att ta i beaktande.

- (47) För Tyskland var det ett avgörande argument att de bayerska sparkassorna och också privata investerare fram till slutet av 1996, då de bundna tillgångarna godkändes med stöd av banktillsynslagstiftningen, hade försett BayernLB med knappt 1,3 miljarder tyska mark i primärt kapital – varav cirka 900 miljoner tyska mark via de bayerska sparkassorna – i form av passiva innehav. Dessa tillskott godkändes av BAKred som primärt kapital enligt § 10.4 i lagen om kreditväsendet. Tillskott från passiva delägare utgjorde således redan då överföringen gjordes ett normalt instrument för BayernLB att skaffa primärt kapital.
- (48) Dessutom ansåg Tyskland att de bundna tillgångarna, också vad innehållet beträffar, var jämförbara med BayernLB:s passiva innehav. Vad gäller deras ekonomiska funktion, dvs. att de gör det möjligt att utvidga affärsverksamheten, var båda kapitalformerna helt identiska, eftersom båda godkändes som primärt kapital. Ingenting skulle ha bidragit direkt till en ökning av bankens värde eller medfört ökad rösträtt. Inte heller vad förlustrisken beträffar fanns det någon skillnad mellan dem, eftersom båda kunde användas för att utjämna förluster. Den enda skillnaden var att de bundna tillgångarna hade ställts till förfogande för en obegränsad tid, medan passiva innehav i regel är tidsbegränsade. Den särskilda reserven skall dock inte nödvändigtvis ses som tidsmässigt obegränsad, och den kan när som helst upplösas enligt överenskommelse. Dessutom fanns det inte bara tidsbegränsade passiva innehav utan också passiva innehav utan tidsbegränsning. En jämförelse visade att det inte gick att fastställa någon nämnvärd prisskillnad på marknaden mellan tidsbegränsade och icke-tidsbegränsade passiva innehav.
- (49) Tyskland påpekade också att de bundna tillgångarna inte var utsatta för samma typ av förlustrisk som aktiekapital. Till skillnad från situationen i fallet med WestLB, där de överförda Wfa-tillgångarna utgjorde nästan 50 % av bankens kapitalbas, utgjorde motsvarande andel för de överförda fordringarna avseende lån till bostadsbyggande endast cirka 8 % av BayernLB:s kapitalbas. Dessutom var BayernLB till skillnad från WestLB inte beroende av det primära kapital som utgjordes av fordringarna avseende lån för att främja socialt bostadsbyggande (*Wohnungsbauvermögen*). Banken hade alltid varit lönsam och hade en betydande kapitalbas redan före denna tidpunkt. Detta berodde inte minst på de investeringar i form av passivt deläggande som de bayerska sparkassorna och privata företag gjort sedan 1991. Dessutom hade delstaten och

⁽²⁰⁾ § 2.1 i överföringsavtalet av den 15 december 1994.

BayernLB kommit överens om att de bundna tillgångarna skulle användas till att täcka risktillgångar först när alla andra kapitalposter täckts.

- (50) En annan anledning till att delstaten utsattes för en mindre risk än en investerare i aktiekapital genom överföringen av de bundna tillgångarna är att Sparkassenverband Bayern, i egenskap av andra aktieägare, enligt § 2 i avtalet av den 15 december 1994 mellan delstaten Bayern och Bayerische Sparkassenverband var skyldigt att bära hälften av en eventuell förlust som drabbar BayernLB, för den eventualiteten att den särskilda reserven förbrukats eller tagits i anspråk av BayernLB:s fordringsägare för att täcka förluster.

1. RIMLIG ERSÄTTNING FÖR DE BUNDNA TILLGÅNGARNA

- (51) Med utgångspunkt i att det kapital som ställts till förfogande skulle jämföras med primärkapitalinstrumentet passivt deläggande och inte med aktiekapital, ansåg Tyskland att en rimlig ersättning gavs för de bundna tillgångarna och att BayernLB inte beviljades någon förmån och att det därmed inte förelåg något statligt stöd.

- (52) Enligt Tyskland bestod den avtalade ersättningen av ansvarsprovisionen (*Haftungsprovision*) på 0,6 % per år som skulle betalas av rörelseresultatet för bankverksamhet och motsvara 0,6 % per år av värdet på den särskilda reserven som med stöd av banktillsynslagstiftningen godkännts som primärt kapital.

- (53) Dessutom ansågs det att garantiavgiften på 0,05 % per år för lånefordringarna som garanteras av delstaten Bayern kunde betraktas som ersättning för överföringen av de bundna tillgångarna. För Tyskland följde detta av att övertagandet av garantin var direkt kopplat till syftet att stärka delstatsbankens kapitalbas. Enligt motiveringen till lagen var garantin nödvändig för att säkerställa den avsedda förstärkningen av delstatsbankens kapitalbas genom att

hindra de bundna tillgångarna från att krympa till följd av betalningsförsummelser i samband med lån⁽²¹⁾. Tyskland påpekade också med hänvisning till expertutlåtandena från [...] av den 5 oktober 1994 och den 30 april 1996 att kapitaliseringsräntefoten på 7,5 % för beräkning av kontantvärdet på fordringarna, utan den statliga garantin som övertagits av delstaten Bayern, borde ha höjts med en extra riskpremie. Detta skulle följaktligen ha gett ett lägre kontantvärde och därmed skulle också ett mindre belopp ha godkänts av BAKred⁽²²⁾.

- (54) Under förfarandets gång tog Tyskland uttryckligen avstånd från sin tidigare ståndpunkt att också räntorna på tillfälliga investeringar samt räntebetalningar på lån, som också tillföll delstaten, skulle betraktas som ersättningsposter.

- (55) Vad gäller den utbetalda ersättningens marknadsmissighet anförde Tyskland att eftersom tillgångarna var jämförbara med BayernLB:s reserver i form av passiva innehav, måste ersättningen basera sig på den som BayernLB betalade sina passiva delägare under den i stödhänseende relevanta perioden, dvs. cirka 7–8 % per år av innehavens nominella värde.

- (56) Redan likviditetsbristen i sig måste leda till en betydande sänkning av denna basersättning. I det fallet bör inte endast refinansieringskostnaderna netto dras av som i WestLB-ärendet utan också refinansieringskostnaderna brutto. Mot bakgrund av att endast 8 % av kapitaltillskottet till BayernLB bestod av eget kapital och inte 50 % som i fallet med WestLB, skulle en privat investerare inte ha kunnat dra av enbart refinansieringskostnaderna netto.

2. OFÖRÄNDRAD ÄGARSTRUKTUR SAMT ÄGAREFFEKT

- (57) Dessutom hänvisar Tyskland i sitt ställningstagande till kommissionens beslut om inledande av ett förfarande till att om man utgår från att de bundna tillgångarna bara omfattade kapital som var jämförbart med passiva innehav, var det inte nödvändigt att ändra ägarförhållandena i BayernLB till förmån för delstaten Bayern. Detta oaktat skulle Sparkassenverband knappast ha samtyckt till en ändring av ägarförhållanden till sin nackdel, eftersom det vid tidpunkten för överföringen inte fanns något behov av tillskottskapital och den själv hade investerat cirka 900 miljoner tyska mark i banken i form av passiva innehav⁽²³⁾, utan att delstaten Bayern gjort något liknande bidrag.

⁽²¹⁾ Se motiveringen till artikel 3 i lagen av den 23 juli 1994 om bildande av bundna tillgångar genom överföring av Treuhand-fordringar tillhöriga delstaten Bayern till Bayerische Landesbank – Girozentrales eget kapital (Bayerischer Landtag, trycksak 12/15851).

⁽²²⁾ Tyskland hävdade också att utan garantin hade det varit nödvändigt att ge tillgångarna vikten 100 % enligt princip 1 i den tyska banklagen och i princip täcka dem med ett eget kapital på 8 %. Lånefordringarna uppfyllde nämligen de särskilt förmånliga villkoren för att viktas som fastighetskrediter i den mening som avses i lagen om kreditväsendet. Det hade följaktligen varit nödvändigt att täcka den överförda lånevolymer med cirka 400 miljoner tyska mark i eget kapital, vilket hade minskat det godkända beloppet med motsvarande belopp.

⁽²³⁾ I slutet av 1995 – då den andra delen överfördes – var siffran redan 1,1 miljarder tyska mark enligt den information kommissionen har tillgång till.

(58) Tyskland anförde vidare att delstaten i egenskap av hälftenägare kunde utgå från att den kunde dra nytta av en mycket fördelaktig avkastning på eget kapital jämfört med andra kreditinstitut. Delstaten skulle således inte ha nöjt sig med en begränsad eller helt utebliven avkastning. Detta bör beaktas av kommissionen när den bedömer investeringen.

V. BDB:S SYNPKTER

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

(60) I sina synpunkter av den 29 juli 2003 på det förfarande som inletts med avseende på delstatsbanken förklarade BdB att frågan om huruvida ersättningen var rimlig bör avgöras med tillämpning av den metod som kommissionen använde i sitt beslut av den 8 juli 1999 i WestLB-ärendet.

(61) Det första steget är således att jämföra det kapital som ställts till förfogande med andra instrument för eget kapital. Det andra steget är att fastställa den minimiersättning som en investerare skulle vänta sig för en investering i eget kapital i delstatsbanken. Slutligen måste en beräkning göras av eventuella påslag och avdrag på grund av överföringens särskilda kännetecken.

1. JÄMFÖRELSE MED ANDRA INSTRUMENT FÖR EGET KAPITAL

(62) BdB konstaterade i de ovannämnda synpunkterna att överföringen av fordringarna avseende lån som beviljats för att främja socialt bostadsbyggande och tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande både i fallet BayernLB och i övriga ovannämnda ärenden gällande delstatsbanker kan jämföras med ett tillskott av aktiekapital.

(63) Nästan alla delstatsbanker påstås ha behövt nytt primärt kapital från och med 1992 för att uppfylla de strängare kraven på grund av det nya 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 kapitalinstrument inte som primärt kapital, utan bara som supplementärt kapital (*Tier 2*-kapital). Dessutom fanns inte *Perpetual Preferred Shares* i Tyskland i början av nittioalet.

(64) Vid tidpunkten för respektive överföring erkändes bara aktiekapital och passiva innehav som primärt kapital i Tyskland. En jämförelse med passiva innehav 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 kapitalinstrument som med stöd av banktillsynslagstiftningen godkänns för en obegränsad tid.

(65) 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⁽²⁴⁾.

(66) 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. Mot denna bakgrund påstods passiva innehav inte kunna användas för stora investeringar som görs av en enda investerare.

2. MINIMIERSÄTTNING FÖR EN INVESTERING AV AKTIEKAPITAL I BAYERNLB

(67) 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:

$$\begin{aligned} & \text{Förväntad avkastning på en riskinvestering} \\ & = \text{Riskfri avkastning} + \text{riskpremie för riskinvesteringen} \end{aligned}$$

⁽²⁴⁾ För övrigt betalades en risk- eller ansvarspremie i första hand på grund av förlustrisken i händelse av insolvens. I det fallet vore kapitalet oåterkalleligen 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.

- (68) För att fastställa den riskfria avkastningen utnyttjar BdB avkastningarna för långfristiga statsobligationer, eftersom värdepapper med fast ränta som emitteras av statliga organ är den investeringsform som har den lägsta risken eller ingen risk alls ⁽²⁵⁾.
- (69) För att derivera riskpremien tar BdB först fram "marknadsriskpremien", alltså skillnaden mellan den långfristiga genomsnittliga avkastningen på aktier och statsobligationer. I sina synpunkter av den 29 juli 2003 utgår BdB, med hänvisning till en studie av Stehle/Hartmond från 1991, från antagandet om en enhetlig långfristig marknadsriskpremie på 4,6 %.
- (70) 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 ⁽²⁶⁾.
- (71) På grundval av en riskfri basräntesats på 8,37 % (för den första delen) och 6,57 % (för den andra delen) och en betafaktor för BayernLB på 1,0803 (vid tidpunkten för överföringen av den första delen) samt 1,0739 (vid tidpunkten för överföringen av den andra delen) kom BdB till en förväntad minimiersättning på 13,34 % per år per den 31 december 1994 för en investering i aktiekapitalet i BayernLB vid tidpunkten för överföringen av byggglänefordringarna och till en förväntad minimiersättning på 12,87 % per år för tidpunkten 31 december 1995.

3. PÅSLAG OCH AVDRAG PÅ GRUND AV TRANSAKTIONENS SÄRSKILDA KÄNNETECKEN

- (72) BdB fastställde vidare att det avdrag från minimiersättningen som kommissionen gjorde i beslutet i WestLB-ärendet på grund av bristen på likviditet i Wfa-tillgångarna bekräftades av förstainstansrätten. BdB ser därför ingen anledning att avvika från denna metod i de aktuella fallen, och ett likviditetsavdrag bör göras även i detta fall. 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 bolags-skatt).

⁽²⁵⁾ 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".

⁽²⁶⁾ 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.

- (73) Enligt BdB skall det påslag på 1,5 % som kommissionen gjorde i WestLB-ärendet och som bekräftades av förstainstansrätten också göras i BayernLB-ärendet. Också här ledde de tre omständigheterna i WestLB-beslutet 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 fungibilitet, dvs. omöjligheten att när som helst ta det investerade kapitalet ur företaget igen.

4. KAPITALBAS OCH ERSÄTTNINGSAKTÖRER

- (74) Slutligen hävdade BdB att vid beräkningen av en rimlig ersättning i fallet BayernLB 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.

- (75) BdB anser inte heller att den garantiavgift som Tyskland nämner får betraktas som en ersättningspost. Detta följer i synnerhet av att överföringen av tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande från början gjordes till deras kontantvärde (1,197 miljarder tyska mark) och inte till deras nominella värde (5,027 miljarder tyska mark). Att det var kontantvärdet som användes innebär att hänsyn redan togs till de (förlust)risker som är förbundna med lån som inte kan uppbäras och att det inte längre var berättigat med någon ytterligare ersättning för övertagandet av fullgörande-garantin.

- (76) Enligt WestLB-metoden skall en ansvarsprovision på 0,3 % per år betalas för perioden mellan överföringen av kapital och godkännandet av detta som primärt kapital. Fram till denna tidpunkt hade det överförda kapitalet nämligen åtminstone en garantifunktion. Detta gällde t.o.m. den 8 maj 1996 för det totala beloppet 1,197 miljarder tyska mark och mellan den 8 maj och den 23 december 1996 för beloppet 542 miljoner tyska mark.

VI. TYSKLANDS REAKTION PÅ SYNKUNTERNA FRÅN BDB

- (77) I sitt ställningstagande till de ovannämnda redogörelserna från BdB påpekade Tyskland att en investering i aktiekapitalet i ett aktiebolag varken garanterar aktieutdelning eller en kurs- eller värdestegring, och att en investerare givetvis löper risken att hans avkastningsförväntningar i praktiken inte uppfylls. Om man kommer överens om en fast ersättning, såsom i fallet BayernLB, bortfaller prognosrisken och därmed blir avkastningen i regel mindre. Detta visar att det inte hade varit marknadsmässigt om BayernLB då de bundna tillgångarna överfördes hade garanterat delstaten Bayern en avkastning som var enbart förväntad, och därmed gett investeraren i bundna tillgångar ett bättre utgångsläge än en investerare i aktier. BdB:s tillvägagångssätt är problematiskt också därför att en investerare i aktier skulle kunna uppnå värdestegringen bara genom att sälja sina andelar, utan att belasta bolaget. En privat investerare skulle aldrig ha kunnat övertala det företag han investerar i att av sina tillgångar betala ett belopp motsvarande värdestegringar som investeraren i aktiekapital skulle ha kunnat realisera endast genom att sälja till en tredje part.
- (78) CAPM-metoden anses också vara olämplig för att fastställa en marknadsmässig avkastning. I synnerhet fanns inte den risk som förutsattes i CAPM för att beakta marknadsfluktuationer, eftersom delstatsbankerna inte var börsnoterade. Därför fanns det heller inga historiska data för fastställande av betafaktorer.
- (79) Trots detta ansåg Tyskland att BdB gjorde fel också vid fastställandet av de enskilda komponenterna i CAPM. Det var inte korrekt att ta hänsyn till långfristiga inflationsförväntningar när den riskfria basräntesatsen fastställdes. Det enda relevanta var vilka räntor som faktiskt erbjöds på marknaden. I Tyskland var dessa vid tidpunkten för överföringen av de bundna tillgångarna på BayernLB endast 7,50 % respektive 6,10 % per år. De aktuella inflationsförväntningarna hade redan vägt in.
- (80) Den marknadsmässiga riskpremie på 4,6 % som BdB haft som utgångspunkt påstods vara orimligt hög. Tyskland hänvisade bland annat till att Stehle/Hartmonds studie från 1991 om avkastningsutvecklingen på den tyska aktie marknaden, som BdB hänvisade till, inte innehöll några upplysningar om marknadsriskpremien på den tyska kapitalmarknaden. Dessutom uppgavs det att det fanns olika metoder för att fastställa den marknadsmässiga riskpremien som ledde till mycket olika resultat. Med hjälp av egna beräkningar påvisade Tyskland att en marknadsmässig riskpremie på 4,6 % inte på långt när uppnåtts under de senaste 30 åren.
- (81) När betavärdet fastställs skall delstatsbankerna dessutom inte jämföras med affärsbanker, som dessutom inte hade

blivit klart definierade av BdB. I alla händelser skall beräkningen grunda sig på den klart definierade gruppen börsnoterade banker, de s.k. CDAX-bankerna. Med en referensperiod på fem år får man för denna grupp ett betavärde på 0,85 per den 31 december 1994 och på 0,80 per den 31 december 1995 på månadsbasis, såsom framgår av de bifogade beräkningarna från databasen *Datastream*, som för övrigt helt korrekt bara använde en femårsperiod för att fastställa betafaktorn. Den period från och med 1974 som BdB använde för att fastställa betafaktorn ansåg Tyskland vara för lång, eftersom både kapitalmarknaden och banksektorn förändrades på ett genomgripande sätt i början av nittioalet.

- (82) Därmed var alla för CAPM nödvändiga faktorer felaktigt beräknade och den marknadsmässiga minimiavkastningen för transaktionerna i fråga överskattade.

VII. SYNKUNTER FRÅN DELSTATEN NORDRHEIN-WESTFALEN OCH WESTLB

- (83) Den 30 oktober 2003 översände förbundsregeringen ett svar från delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB på kommissionens beslut av den 13 november 2002 om att inleda ett förfarande där de bestred att tillgångar som överförts till delstatsbankerna kan jämföras med aktiekapital. De hävdade att passiva innehav och s.k. *perpetuals* godkänns som primärt kapital i Tyskland sedan 1991. De tillade att ersättningen inte berodde på hur den klassificerades enligt banktillsynslagstiftningen, utan på investeringens riskprofil. Eftersom tillgångarna var av andra rangen, var riskstrukturen mer jämförbar med passiva innehav eller s.k. *perpetuals* än med investeringar i aktiekapital.
- (84) WestLB hade inga invändningar mot CAPM-metoden för beräkning av minimiärsättningen vid en investering i aktiekapital. Däremot ansåg WestLB att de betavärden på betydligt mer än 1 som fastställdes 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.
- (85) 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 mekaniska och varaktiga tillämpningen av en avkastning på cirka 12 % medförde en oberättigad nackdel för delstatsbankerna i förhållande till privata konkurrenter.

- (86) 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 var ekonomiskt ohållbart att minska denna sats med skattebesparingarna, eftersom prissättningen av kapitalmarknadsinstrument var oberoende av skattesituationen. Annars måste priset på ett kapitalmarknadsinstrument anpassas till den rådande skattemässiga situationen.
- (87) 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. Likaså bör ett avdrag beviljas på grund av den s.k. "ägareffekten", eftersom en investerare som redan äger aktier i ett företag har en annan syn på en tilläggsinvestering än en nyinvesterare.

VIII. ÖVERENSKOMMELSEN MELLAN BDB, DELSTATEN BAYERN OCH BAYERNLB

- (88) Den 24 september 2004 översände den klagande parten BdB, delstaten Bayern och BayernLB till kommissionen en överenskommelse om stödförfarandet i ärendet BayernLB. Trots att parterna i överenskommelsen fortfarande principiellt har olika rättsuppfattningar har de enats om vad de själva ser som en lämplig parameter för att fastställa en rimlig ersättning för en hypotetisk investering i aktiekapital i BayernLB. Parterna begär att kommissionen skall ta hänsyn till resultaten av överenskommelsen när den fattar sitt beslut.
- (89) Parterna fastställde därefter, på grundval av CAPM, den förväntade minimiersättningen för en hypotetisk investering i aktiekapital i BayernLB. Enligt detta vore en rimlig minimiersättning 9,87 % per år för den första delöverföringen av de bundna tillgångarna och 8,0 % per år för den andra delöverföringen.
- (90) Vid beräkningen av denna minimiersättning användes de långfristiga riskfria räntesatser som delstatsbankerna fastställt med hjälp av Deutsche Börse AG:s REX10 Performance Index och, för betafaktorernas del, en expertrapport från [...] av den 26 maj 2004 som utarbetats på uppdrag av delstatsbankerna. Konkret gav detta för BayernLB en riskfri basräntesats på 7,5 % vid tidpunkten för överföringen den 31 december 1994 och en riskfri basräntesats på 6,1 % vid tidpunkten för överföringen den 31 december 1995.

Betafaktorer på 0,593 (31 december 1994) respektive 0,475 (31 december 1995) fastställdes på grundval av synpunkterna från [...]. En enhetlig marknadsriskpremie på 4 % fastställdes för samtliga delstatsbanker.

- (91) Utgångsräntan på 9,87 % (31 december 1994) beräknades på följande sätt: riskfri räntesats 7,5 % + (allmän marknadsriskpremie 4,0 % × betafaktorn 0,593)
- (92) Utgångsräntan på 8,00 % (31 december 1994) beräknades på följande sätt: riskfri räntesats 6,1 % + (allmän marknadsriskpremie 4,0 % × betafaktorn 0,475)
- (93) Därefter fastställdes ett avdrag med anledning av de bundna tillgångarnas bristande likviditet. De riskfria räntesatserna på 7,5 % respektive 6,1 % användes schablonmässigt som grund för refinansieringskostnaderna brutto. För att fastställa de relevanta refinansieringskostnaderna netto fastställdes BayernLB:s skattebörda schablonmässigt till 50 % vid båda överföringstidpunkterna, vilket gav ett avdrag på 3,75 % (31 december 1994) respektive 3,05 % (31 december 1995).
- (94) Slutligen följde ett påslag på 0,3 % på grund av att rösträttigheter inte utdelats.
- (95) Totalt sett gav detta en rimlig ersättning för de bundna tillgångarna på 6,42 % (för den första delen) respektive 5,25 % (för den andra delen) efter skatt, som skulle betalas på hela det belopp som erkänts av BAKred, och från slutet av den månad då tillgångarna godkändes som primärt kapital av BAKred (för beloppet 655 miljoner tyska mark fr. o.m. den 31 maj 1996 och för det totala beloppet på 1,197 miljarder tyska mark fr.o.m. den 31 december 1996). För åren 1998 och 1999, då kontantvärdet i praktiken underskridit det av BAKred godkända beloppet på grund av fluktuationer, bör endast det minskade kontantvärdet användas som beräkningsunderlag.
- (96) Enligt överenskommelsen består stödinslaget därmed av skillnaden mellan å ena sidan den av BayernLB faktiskt betalda ersättningen på 0,6 % per år av de bundna tillgångar som täcktes med risktillgångar och å andra sidan den beräknade rimliga ersättningen på 6,42 % (för den första delen) och på 5,25 % (för den andra delen), som BayernLB måste betala tillbaka.
- (97) Parterna kunde inte enas om huruvida den provision på 0,05 % på de bundna tillgångarnas nominella värde som BayernLB hade betalat på en garanti som övertagits av delstaten Bayern skulle dras av som en ytterligare, redan betalad ersättningspost.
- (98) Själva överenskommelsen innehåller inga bestämmelser om en ansvarsprovision, som skall betalas för perioden mellan det att kapitalet överfördes till banken och det att kapitalet

godkändes av BAKred. Parterna har dock i en till överenskommen bifogad tabell där stödinslaget beräknats utgått från en ansvarsprovision på 0,15 % per år efter skatt för båda delöverföringarna för denna period.

IX. BEDÖMNING AV ÅTGÄRDERNA

1. STATLIGT STÖD ENLIGT ARTIKEL 87.1 I EG-FÖRDRAGET

(99) Enligt artikel 87.1 i EG-fördraget är, om inte annat föreskrivs 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 påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

1.1. STATLIGA MEDEL

(100) Med den ovan beskrivna överföringen av tillgångar bestämde sig delstaten Bayern för en kapitalökningsmetod som byggde på grundkonceptet att överföra offentliga bygglånefordringar till BayernLB för att stärka dess kapitalbas⁽²⁷⁾. Trots att återflödet från dessa fordringar fortsatt kunde användas till bostadsbyggande och därmed till allmännyttiga ändamål, erkändes tillgångarna med stöd av banktillsynslagstiftningen och kunde därmed användas som säkerhet för BayernLB, som konkurrerade med andra kreditinstitut. Dessutom bemyndigades delstaten genom en lag som antagits av delstatsparlamentet i Bayern att ingå avtal om att till BayernLB överföra de offentliga bygglånen för främjande av bostadsbyggande. Därmed överfördes statliga medel till BayernLB.

1.2. GYNNANDE AV ETT VISST FÖRETAG

(101) Vid bedömningen av om överföringen av statliga medel till ett företag i offentlig ägo gynnar detta företag och följaktligen kan utgöra statligt stöd enligt artikel 87.1 i EG-fördraget tillämpar kommissionen principen om en privat investerare i en marknadsekonomi. Denna princip har EG-domstolen och förstainstansrätten godtagit och vidareutvecklat i flera rättsfall, särskilt i ett för detta ärende relevant sammanhang i förstainstansrättens dom av den 6 mars 2003 i målet WestLB⁽²⁸⁾.

a) *Principen om en privat investerare i en marknadsekonomi*

(102) Enligt denna princip skall det inte anses som gynnande av ett företag då kapital tillhandahålls på villkor "som en privat

investerare, som verkar under normala marknadsvillkor, skulle godta för att tillföra medel till ett privat företag"⁽²⁹⁾. Däremot är det fråga om att gynna vissa företag i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget, om den avtalade ersättningsordningen och/eller företagets finansiella situation är av en sådan art att en normal avkastning inte kan förväntas inom en rimlig tid⁽³⁰⁾.

(103) Principen om en privat investerare i en marknadsekonomi är tillämplig på samma sätt på alla offentliga företag oavsett om de går med vinst eller förlust. Kommissionens ståndpunkt har bekräftats av förstainstansrätten i domen i WestLB-målet⁽³¹⁾.

(104) Det är dessutom klart att kommissionen måste grunda sin bedömning av ett fall på de uppgifter som investeraren hade tillgång till då han fattade sitt beslut om den finansiella åtgärden i fråga. De behöriga offentliga myndigheterna fattade 1994 och 1995 beslut om att överföra de bundna tillgångarna. Kommissionen skall därför bedöma transaktionen på grundval av de upplysningar som fanns tillgängliga vid den tidpunkten och de ekonomiska och marknadsrelaterade omständigheter som då var rådande. De uppgifter som i detta beslut gäller senare år används bara för att visa följderna av överföringen för BayernLB:s situation och inte för att retroaktivt rättfärdiga eller ifrågasätta transaktionen.

(105) Att delstaten redan ägde hälften av kreditinstitutet hindrar inte heller en tillämpning av den marknadsekonomiska investerarprincipen, enligt vilken det såsom nämnts skall bedömas, om den förväntade eller avtalade avkastningen på de överförda medlen är mindre än de ersättningar som betalas för motsvarande investeringar på marknaden. Tyskland gör i detta sammanhang gällande att delstatens investering i det föreliggande ärendet inte kan jämföras med en investering som gjorts av vilken som helst tredje part, som bara haft intresse av att uppnå bästa möjliga avkastning på det investerade kapitalet. Tyskland hävdar att delstaten i egenskap av hälftenägare särskilt var intresserad av att upprätthålla sin delstatsbanks långfristiga konkurrenskraft och genom att tillskjuta nya extra medel säkerställa att den "egna" banken kan betjäna sina gamla kunder även i framtiden. Slutligen styrdes investeringen också av imageöverväganden. Också en privat delägare, t. ex. ett privat holdingbolag eller en privat företagsgrupp, skulle i bankens dåvarande situation ha investerat kapital,

⁽²⁹⁾ Se punkt 11 i kommissionens meddelande till medlemsstaterna om tillämpningen av artiklarna 92 och 93 i EEG-fördraget och artikel 5 i kommissionens direktiv 80/723/EEG på offentliga företag inom tillverkningssektorn (EGT C 307, 13.11.1993, s. 3). Visserligen gäller detta meddelande uttryckligen tillverkningsindustrin, men principen gäller utan tvivel på samma sätt alla andra branscher. Beträffande finansiella tjänster har detta 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).

⁽³⁰⁾ Offentligt ägande i företag – kommissionens ståndpunkt, Bulletin EG 9 – 1984, s. 93 f.

⁽³¹⁾ Dom i förenade målen T-228/99 och T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* och delstaten *Nordrhein-Westfalen* mot kommissionen, REG 2003, II-435.

⁽²⁷⁾ Bayerischer Landtag, 12. Wahlperiode Drucksache 12/15851 av den 7 juni 1994.

⁽²⁸⁾ Dom i förenade målen T-228/99 och T-233/99, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale* och delstaten *Nordrhein-Westfalen* mot kommissionen, REG 2003, II-435.

och det skulle inte enbart ha varit med siktet inställt på en optimal avkastning.

- (106) Kommissionen kan dock inte följa Tysklands argumentering. 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 investeringen 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 bemödandena att vårda företagets image. I stället skall också en aktieägares 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.
- (107) Förstainstansrätten har inte ifrågasatt denna tolkning av den marknadsekonomiska investeringsprincipen, som kommissionen följde redan i sitt beslut från 1999 i ärendet WestLB (punkt 161ff.). Förstainstansrätten har även 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⁽³²⁾.
- (108) Mot bakgrund av den marknadsekonomiska investeringsprincipen 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 delstatens Bayerns tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande, särskilt med beaktande av den tänkta avkastningen på investeringen.

b) Artikel 295 i EG-fördraget

- (109) Enligt artikel 295 i EG-fördraget ingriper EG-fördraget inte i något hänseende i medlemsstaternas egendomsordning. Detta berättigar dock inte till att överträda fördragets konkurrensregler.
- (110) 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 innebär 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 investeringsprincipen.

- (111) Det går inte att instämna i denna argumentation. Det kan stämma att överföringen av tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande till BayernLB 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

- (112) Ett sätt att garantera en rimlig avkastning på det tillhandahållna kapitalet skulle därför ha varit att i motsvarande grad öka delstatens andel av BayernLB, i den mån bankens totala lönsamhet motsvarar den normala avkastning som en privat investerare i en marknadsekonomi förväntar sig av sin investering. Delstaten valde dock att inte tillämpa detta tillvägagångssätt.
- (113) Tyskland invänder att inte heller en privat investerare skulle ha kunnat genomdriva någon ändring av ägarförhållandena i ett sådant läge. Sparkassenverband skulle i egenskap av den andra hälftenägaren inte ha gått med på en ändring av ägarförhållandet, eftersom BayernLB då de bundna tillgångarna överfördes inte hade något behov av ytterligare primärt kapital för att bevara sin kreditvolym och eftersom Sparkassenverband enligt § 2 i överföringsavtalet skulle bära hälften av kostnaderna om de bundna tillgångarna användes. Enligt Tyskland hade Bayerns sparkassar dessutom, då den första delen överfördes, redan tillskjutit banken sammanlagt cirka 900 miljoner tyska mark i form av passiva innehav – då den andra delen överfördes var det redan fråga om cirka 1,1 miljarder tyska mark – utan att delstaten Bayern hade beviljat något motsvarande bidrag.

- (114) 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 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⁽³³⁾. 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.

⁽³²⁾ Förstainstansrättens dom av den 6 mars 2003 i förenade målen T-228/99 och T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale och delstaten Nordrhein-Westfalen mot kommissionen, REG 2003, II-435, punkterna 241 och 314.

⁽³³⁾ Förstainstansrättens dom av den 6 mars 2003 i förenade målen T-228/99 och T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale och delstaten Nordrhein-Westfalen mot kommissionen, REG 2003, II-435, punkterna 320 och 335.

- (115) I det föreliggande ärendet är det inte heller skäl att göra en annorlunda bedömning, eftersom Bayerns sparkassar då den andra delen överfördes 1995 redan hade tillskjutit BayernLB sammanlagt omkring 1,1 miljarder tyska mark i form av passiva innehav. Frågan om huruvida en privat investerare skulle avstå från en förskjutning i ägarförhållandena till sin fördel eller från att få en direkt ersättning, om övriga aktieägare samtidigt och i direkt anslutning till hans kapitaltillskott också företar ett motsvarande kapitaltillskott som motsvarar ägarandelarna, och om dessa tillskott är på samma sätt ägnade att öka avkastningen, kan här lämnas obesvarad. Enligt kommissionens uppfattning saknas nämligen i föreliggande ärende det nödvändiga direkta sambandet mellan de passiva innehaven och överföringen av tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande. De passiva innehaven, som endast delvis hade en obegränsad giltighetstid, hade redan överförts när de bundna tillgångarna överfördes. De överfördes successivt till BayernLB i mindre delar från 1991 till slutet av 1995. Därför hade de varken tids- eller innehållsmässigt något samband med överföringen av tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande. Ett sådant samband uppstod synbarligen inte heller senare, då tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande överfördes. Det avtalades t.ex. inte om att sparkassorna varaktigt skulle hålla den samlade investeringsvolymen på en konstant nivå⁽³⁴⁾. Det framgår inte heller av något annat att delstaten skulle ha tagit bidraget från sparkassorna med i beräkningen då den fastställde ersättningen för sitt kapitaltillskott.
- (116) Dessutom var tillskotten föga jämförbara också sakligt sett, eftersom de passiva innehaven enligt Tyskland uteslutande kompenserades med den gängse marknadsmässiga fasta ersättningen, medan delstaten Bayerns kapitaltillskott delvis kompenserades med en fast ersättning och, enligt Tyskland, delvis med den förväntade värdestegringen. Det föreligger därför ingen symmetri mellan de två kapitaltillskotten som skall jämföras med varandra avseende de ersättningsposter som skulle realiserats dels genom en direkt ersättning, dels genom en eventuell värdestegring. Det ifrågasvarande kapitaltillskottet från delstaten Bayern var därför i grunden av en annan art än sparkassornas passiva innehav.
- (117) Vad gäller förstainstansrättens beslut i Alitalia-målet⁽³⁵⁾, som Tyskland också hänvisat till i detta sammanhang, skall det påpekas att det beslutet gäller investeringar som görs av privata investerare. Sparkassenverband och sparkassorna är emellertid inte privata investerare, utan offentligrättsliga organisationer. Dessutom kan de kapitaltillskott som gjorts av Sparkassenverband respektive sparkassorna varken tids- eller innehållsmässigt jämföras med överföringen av de bundna tillgångarna.
- (118) Resultatet blir att det inte kan slås fast att en privat investerare skulle ha avstått från en rimlig direkt ersättning i

en situation motsvarande överföringen av stödlånet till BayernLB.

Ägareffekt

- (119) Tyskland gör vidare gällande att delstaten åtminstone då tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande överfördes till BayernLB kunde utgå från att banken skulle dra nytta av en mycket fördelaktig avkastning på eget kapital jämfört med andra kreditinstitut, vilket tydligt framgår av de avkastningar på eget kapital som uppnåddes vid den dåvarande tidpunkten. Enligt Tyskland har delstaten Bayern således inte nöjt sig med en begränsad avkastning eller ingen avkastning alls, utan med sin investering snarare strävat efter ett företag som är lönsammare än genomsnittet. Den s.k. ägareffekten, det vill säga den omständigheten att investeraren redan äger andelar i det företag han investerar i, skall beaktas åtminstone om företaget är lönsammare än genomsnittet. Detta erkändes också av förstainstansrätten i domen i WestLB-målet.
- (120) Kommissionen kan inte följa Tysklands argumentering. Då investeringen gjordes ägde delstaten Bayern bara hälften av andelarna. Det innebär att bara hälften av den ökning av företagets värde och av aktieutdelningarna som eventuellt kunde förväntas kommer delstaten Bayern till godo, även om denna hade gjort investeringen i fråga helt ensam. Ingen privat investerare i en marknadsekonomi skulle i egenskap av medägare gå med på att bära hela bördan i samband med en investering och bara kunna realisera en del av nyttan av investeringen. I strid med Tysklands uppfattning blev detta också uttryckligen bekräftat av förstainstansrätten i domen i WestLB-målet⁽³⁶⁾. Enligt denna dom stämmer det inte överens med en privat investerares beteende i en marknadsekonomi när kapitalökningen också leder till en vinst för företagets övriga delägare, utan att de har bidragit med någonting.
- (121) Till och med i fråga om ett företag som är lönsammare än genomsnittet, vilket BayernLB är enligt Tyskland, är det därför inte avgörande hur mycket verksamhetens lönsamhet ligger över genomsnittet och om investeraren därför i förekommande fall trots detta sammanlagt uppnår en tillfredsställande avkastning vid investeringstidpunkten. Även om företaget är betydligt lönsammare än genomsnittet skulle den privata investeraren se till att realisera hela den extra nytta som blir möjlig tack vare hans investering. Om investeringen görs av endast en av delägarna, och om det inte sker någon proportionell ökning av andelarna för de övriga (passiva) delägarnas räkning, eller om de övriga delägarna inte medverkar med ett motsvarande proportionellt bidrag, kan detta säkerställas bara genom att man väljer en förhandsersättning som betalas av alla delägare och som tillfaller investeraren direkt oavsett dennes

⁽³⁴⁾ Detta kan inte heller härledas ur lagen och stadgarna. Av dem framgår endast att "grundkapitalet" skall skaffas fram av de båda aktieägarna i förhållande till deras andelar eller – vad beträffar Sparkassenverband – av sparkassorna själva.

⁽³⁵⁾ Dom av den 12 december 2000, T-296/97.

⁽³⁶⁾ Dom av den 6 mars 2003 i förenade målen T-228/99 och T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale och delstaten Nordrhein-Westfalen mot kommissionen, REG 2003, II-435, punkt 316.

egenskap av ägare innan den ordinarie aktieutdelningen till delägarna, så att det bara är denne som drar nytta av detta.

d) **Kapitalbas för ersättningen samt ersättningsposter**

i) **Kapitalbas**

(122) Såsom i fallet WestLB fastställer kommissionen den rimliga ersättningen för de överförda tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande utifrån den affärsmässiga nyttan för BayernLB. 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.

(123) 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 eget kapital till en banks förfogande. Om kapital som ställs till förfogande förs upp som eget kapital i balansräkningen, men inte godkänns som eget 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 har dock inte betydelse enbart av banktillsynsrättsliga skäl. 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 BayernLB.

(124) Delstaten Bayern hade till BayernLB överfört räntefria lån och lågräntelån med ett restsaldo på cirka 3 798 miljoner tyska mark per den 31 december 1994 och med ett restsaldo på cirka 1 219 miljoner tyska mark per den 31 december 1995. Kontantvärdet på dessa tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande värderades av experter till 655,7 miljoner tyska mark för den första delen av överföringen och till 542,1 miljoner tyska mark för den andra delen av överföringen. Detta utgjorde en sammanlagd särskild reserv på 1,197 miljarder tyska mark, som fördes upp som eget kapital i balansräkningen för BayernLB.

(125) BAKred hade som kapitalbas godkänt hela det kontantvärde på sammanlagt 1,197 miljoner tyska mark som beräknades när de båda delarna överfördes och som fördes upp som eget kapital i balansräkningen⁽³⁷⁾. Enligt Tyskland

⁽³⁷⁾ 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.

stod dessutom BayernLB:s tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande som förts upp i den särskilda reserven helt och hållet till förfogande för att täcka bankens konkurrensutsatta verksamhet⁽³⁸⁾. Till skillnad från fallet WestLB fanns det inga planer på att delvis använda de bundna tillgångarna också som säkerhet för kreditinstitutets stödverksamhet. I detta ärende väcks således inte frågan huruvida en del av de bundna tillgångar som fördes upp som eget kapital i balansräkningen eventuellt bara fungerade som säkerhet för BayernLB. Det är därför det värde på de bundna tillgångarna som godkändes med stöd av banktillsynslagstiftningen som skall läggas till grund för beräkningen av vad som är en rimlig ersättning för att det överförda kapitalet använts till att utvidga affärsverksamheten.

(126) Kommissionen erkänner i detta sammanhang att den särskilda reservens kontantvärde åren 1998 och 1999 sjönk under det belopp på 1,197 miljoner tyska mark som godkändes av BAKred, och att den särskilda reserven under dessa år i det avseendet inte stod till förfogande som säkerhet för den konkurrensutsatta verksamheten i den omfattning som BAKred godkände. Avdragen på lånefordringarna i de bundna tillgångarna säkerställdes åtminstone av delstatens fullgörandegaranti för lånen i de bundna tillgångarna. Kontantvärdet kunde dock underskridas bl.a. om de tillbakaflutna medlen på nytt användes till att främja bostadsbyggande, vilket delstaten ensam skulle fatta beslut om enligt överföringsavtalet. Det ingicks inget avtal om att delstaten skulle säkerställa att de tillförda tillgångarna inte underskrider ett visst kontantvärde. För åren 1998 och 1999, då kontantvärdet i praktiken underskred det av BAKred godkända beloppet på grund av fluktuationer, är det således endast det minskade kontantvärdet som skall användas som beräkningsunderlag. Parterna i det avtal som översändes den 24 september 2004 är också eniga om detta⁽³⁹⁾.

(127) Kommissionen gör det än en gång klart i detta sammanhang att det inte kan vara avgörande i vilken omfattning det kapital som ställdes till förfogande användes när det skall avgöras vad som är en rimlig ersättning. Det enda relevanta är *möjligheten* att använda kapitalet till att utvidga affärs-

⁽³⁸⁾ I den mån de bundna tillgångarnas kontantvärde var högre än det värde som godkänts med stöd av banktillsynslagstiftningen, blev skillnaden passiverad som reserv och stärkte därmed varken handels- eller tillsynsrättsligt BayernLB:s kapitalbas.

⁽³⁹⁾ Tyskland företrädde dessutom under förfarandet ståndpunkten att ett schablonmässigt säkerhetsavdrag (*Sicherheitsabschlag*) på 25 % skall göras från det kontantvärde som godkändes av BAKred. Utöver de ovannämnda orsaker som skulle ha kunnat leda till ett lägre kontantvärde, om delstaten hade lagt om sin stödpolitik från lånestöd till exempelvis stödprogram. Då hade banken av säkerhetsskäl aldrig kunnat använda hela beloppet till konkurrensutsatt verksamhet. Kommissionen har bedömt detta argument och funnit att det på grund av det nära samarbetsförhållandet mellan banken och delstaten inte var sannolikt att kontantvärdet skulle minska drastiskt. Mot denna bakgrund verkar det därmed också motiverat att bara ta hänsyn till de faktiska underskridandena av kontantvärdet.

verksamheten. En privat investerare skulle inte heller nöja sig med en ersättning som beror på hur mycket som används av det kapital som ställts till förfogande. Kommissionen ansluter sig såtillvida till BdB:s uppfattning att det för en privat investerare i en marknadsekonomi 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 BayernLB bara använde det överförda kapitalet en enda gång år 1996 till att täcka risktillgångar och detta bara till ett mindre belopp, såsom parterna också själva har anfört i det avtal som översändes till kommissionen den 24 september 2004.

(128) 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, BayernLB och den klagande var det först från och med denna tidpunkt kapitalet kunde användas till att täcka risktillgångar.

(129) I den mån kapitalet redan tidigare förts upp som eget kapital i balansräkningen, fungerade det dock åtminstone som säkerhet, såsom förklaras närmare ovan. Detta skall beaktas när en rimlig ersättning fastställs⁽⁴⁰⁾.

ii) **Ersättning som faktiskt betalats (ersättningsposter)**

(130) Förutom den ersättning på 0,6 % per år som betalades för det kapital som faktiskt användes till att täcka risktillgångar erkänner kommissionen, i motsats till sin preliminära uppfattning i beslutet om att inleda förfarandet, också den garantiavgift på 0,05 % per år som BayernLB skulle betala för delstatens fullgörandegaranti, som betald ersättning.

(131) Med hänvisning till revisionsfirman [...] expertrapport av den 5 oktober 1994 och den 30 april 1996, som översändes till kommissionen, kunde Tyskland visa att utan fullgörandegarantin skulle kontantvärdet på de överförda lånefordringarna ha satts lägre, eftersom den fastställda kapitaliseringsräntan på 7,5 % skulle ha försetts med en riskpremie. Detta bekräftades också i ett yttrande från BAFin av den 2 september 2004, som Tyskland översände till kommissionen. För kommissionen är det därmed bevisat att också garantiavgiften har ett direkt samband med den ersättning som skulle betalas för att det egna kapitalet använts till att utvidga affärsverksamheten och att den därför skall erkännas som ersättningspost.

⁽⁴⁰⁾ Vad beträffar garantifunktionen är det inte tidpunkten för avslutandet av räkenskaperna per den 31 december som är avgörande i detta sammanhang. Det avgörande är snarare själva kapitaltillskottet. Utgångspunkten bör vara att en bank åtminstone vid större transaktioner skulle ha underrättat sina fordringsägare om kapitaltillskottet. Enligt kommissionens uppfattning utlöses garantifunktionen redan av det faktum att medlen var uppförda i balansräkningen.

(132) Vad gäller de övriga faktorerna i beslutet om att inleda förfarandet, såsom 1) låntagarnas räntebetalningar, som fortfarande tillfaller delstaten och 2) förräntningen av tillfälliga investeringar samt 3) proportionella bidrag till administrationskostnader har Tyskland under tiden medgett att de inte skall betraktas som ersättningsposter. Kommissionen ser därför ingen anledning till att ändra den ståndpunkt den fattade i beslutet om att inleda förfarandet.

(133) *Låntagarnas räntebetalningar*: bestämmelsen i § 2.1 i överföringsavtalet, enligt vilket framtida och nuvarande räntor på fordringar i samband med de överförda bundna tillgångarna tillfaller staten, är en följd av att de bundna tillgångarna skall hållas åtskilda från bankens övriga tillgångar, jfr § 2.3 i överföringsavtalet. Framtida och nuvarande räntor på fordringar i samband med de överförda bundna tillgångarna kan därför inte ses som ersättning för de bundna tillgångarnas affärsverksamhetsutvidgande funktion som kapitalbas. Bestämmelsen i § 2.1 i överföringsavtalet är snarare en konsekvens av kravet i artikel 1.2 i lagen om bundna tillgångar på att de överförda tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande är förbehållna sociala ändamål. Enligt artikel 1.2 i lagen om bundna tillgångar skall det ses till att de överförda tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande på samma sätt som hittills används till socialt bostadsbyggande. Framtida och nuvarande räntor på fordringar i samband med dessa bundna tillgångar kan därför på grund av öronmärkningen uteslutande användas till åtgärder i samband med socialt bostadsbyggande. Det faktum att dessa räntor tillfaller staten är därför enbart ett uttryck för att tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande öronmärkts för sociala ändamål och kan inte i efterhand omtolkas till att vara en ersättning från BayernLB:s sida.

(134) *Förräntning av tillfälliga investeringar*: Inte heller den förräntning av tillfälliga investeringar som avses i § 2.1 punkt 4 och 5 i överföringsavtalet kan anses utgöra ersättning för att garantikapitalet använts till att utvidga affärsverksamheten. Det beror på att de återflöden som i alla händelser tillfaller de bundna tillgångarna, eftersom medlen fortsatt är öronmärkta för sociala ändamål, omvänt används som lågräntelån för socialt bostadsbyggande enligt delstaten Bayerns krav och riktlinjer⁽⁴¹⁾. Enligt Tyskland har BayernLB nämligen bara krav på lånerättigheternas kapitalbeståndsdelar (det egna kapitalets funktion som säkerhet), medan det egna kapitalets bruks- eller utbytesfunktion för att uppfylla den avtalsenliga öronmärkningen för sociala ändamål i full omfattning skall förbli hos delstaten Bayern⁽⁴²⁾. Eftersom det i föreliggande ärende uttryckligen handlar om vad som är en rimlig ersättning för det egna kapitalets funktion som säkerhet, kan en ersättning som eventuellt skall betalas för användningen av medlen inte räknas som en del av ersättningen för funktionen som säkerhet.

⁽⁴¹⁾ Skrivelse från Tyskland av den 3 juli 2001, s. 9.

⁽⁴²⁾ Skrivelse från Tyskland av den 3 juli 2001, s. 10.

(135) *Proportionella bidrag till administrationskostnaderna*: Också det faktum att de bidrag till administrationskostnaderna som delstaten har krav på inte omfattas av överföringen till de bundna tillgångarna är bara ytterligare ett uttryck för den princip som fastställs i § 2.3 i överföringsavtalet, nämligen att det överförda kapitalet skall hållas isär från bankens övriga tillgångar. Den omständigheten att staten fortsatt får en del av de bidrag låntagarna betalar till administrationskostnaderna, är därför ett uttryck för att de överförda medlen fortsätter att vara öronmärkta och att de därmed hålls isär från bankens övriga tillgångar. Inte heller detta kan i efterhand omtolkas till en ersättning som skall betalas av BayernLB.

e) **Jämförelse med andra instrument för eget kapital**

(136) 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.

(137) Det råder inga tvivel om att de tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande som överfördes till BayernLB 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 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.

(138) Tyskland, BayernLB och den klagande är eniga om att de tillgångar avsedda att främja bostadsbyggande som utgör den särskilda reserven bara kan jämföras med aktiekapital eller passiva innehav. 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 var detta åren 1994 och 1995 bara en banks grund- eller aktiekapital och reserverna samt de passiva innehaven som uppfyllde de särskilda kraven i § 10.4 i lagen om kreditväsendet.

(139) Kommissionen instämmer med parterna i detta avseende. Kommissionen fastslog redan i sitt beslut 2000/393/EG i WestLB-ärendet från 1999 (punkt 199) att en jämförelse mellan de Wfa-tillgångar som likaså godkändes som primärt kapital, och hybrida kapitalinstrument, som bara godkändes som supplementärt kapital, t.ex. inlösta aktier och preferensaktier utan rösträtt, inte kan tjäna som underlag för att fastställa en rimlig ersättning för det överförda kapitalet. Primärt kapital är av större nytta för företaget, eftersom det kan användas till att skaffa

supplementärt eget kapital (t.ex. inlösta aktier) i samma omfattning och därmed till att utvidga kapitalbasen. En förutsättning för att kapital som ställts till förfogande skall godkännas som kapitalbas är att kapitalet utsätts för en större risk, vilket i regel också ger utslag i en större marknadsmässig ersättning i fråga om dessa instrument. Därför kan det på förhand uteslutas att medlen kan jämföras med s.k. supplementärt kapital, som endast i begränsad omfattning kan användas till att utvidga affärsverksamheten.

(140) Kommissionen anser vidare att den jämförelse med passiva innehav som Tyskland och BayernLB har gjort i den mening som avses i § 10.4 i lagen om kreditväsendet eller med de bayerska sparkassornas och andra institutionella investerars passiva innehav, som kreditinstitutet har uppnått sedan början av 1991, inte är ägnad att tjäna som underlag för att fastställa en rimlig ersättning för den särskilda reserven. Överföringen av de bundna tillgångarna kan snarare jämföras med en investering i aktiekapital i BayernLB.

(141) Det är därför en viktig aspekt för kommissionen i detta sammanhang att tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande uttryckligen inte överfördes i form av passiva innehav utan genom upprättande av en reserv, även om BayernLB, då de båda delarna överfördes, redan hade fått ett betydande tillskott av passiva innehav och redan var förtrogen med denna metod för att stärka kapitalbasen. Såsom framgår av de beslut som förelagts kommissionen godkände BAKred för sin del inte den särskilda reserven som passiva innehav i den mening som avses i § 10.4 i lagen om kreditväsendet, utan som reserv enligt § 10.2 första stycket, punkt 5 och § 10.3 andra stycket i lagen om kreditväsendet. Båda dessa omständigheter tyder redan på att det kapital som ställdes till förfogande snarare motsvarade aktiekapital än passiva innehav.

(142) Dessutom stämmer det faktiskt att BayernLB:s bundna tillgångar har vissa kännetecken som normalt sett snarare förekommer vid passiva innehav⁽⁴³⁾. Kommissionen anser likväl att risken för att det överförda kapitalet åtminstone delvis användes som täckning vid insolvens eller likvidation totalt sett inte var mindre än vid en investering i aktiekapital.

(143) Kommissionen kan inte godta Tysklands argument om att risken för förluster var mindre än vid en investering i aktiekapital, eftersom BayernLB redan innan de bundna tillgångarna överfördes förfogade över en betydande kapitalbas och därmed inte alls var beroende av kapitalet. Det stämmer förvisso att de bundna tillgångarna användes endast en gång för att täcka risktillgångar och då bara för en mycket kort tid. Vid den dåvarande tidpunkten var det dock inte möjligt att veta på förhand att banken inte skulle komma att använda kapitalet. I motiveringen till utkastet till lagen om bundna tillgångar, i den lydelse denna lag slutligen antogs av delstatsparlamentet i Bayern, anfördes det tvärtom uttryckligen som grund för kapitaltillskottet att

⁽⁴³⁾ Som exempel kan nämnas avtalet om ett s.k. återbetalningskrav, om ansvarsprovisionen inte hade betalats under ett visst räkenskapsår därför att detta hade medfört en förlust i balansräkningen (se § 3 i överföringsavtalet).

det var nödvändigt att stärka BayernLB:s nationella och internationella konkurrenskraft genom att stärka bankens kapitalbas för att garantera att den fortsatt skall kunna bedriva en framgångsrik affärsverksamhet. Också i det bayerska delstatsparlamentets preliminära utkast och interna promemorior var det uttalade målet med transaktionen att göra det möjligt att utvidga affärsverksamheten. Tyskland har dessutom själv uppgett att avsikten vid överföringen av den första och andra delen åren 1994 och 1995 var att använda den överförda särskilda reserven till att täcka risktillgångar⁽⁴⁴⁾. En privat investerare i en marknadsekonomi, som under dessa omständigheter ställt kapital till förfogande, skulle därför ha insisterat på att få full ersättning, därför att han för det första bar hela förlustrisken och för det andra därför att banken i konkurrens med andra banker kunde använda det sammanlagda kapitalet som övrigt kapital enligt egna ekonomiska beräkningar och eget förgottfinnande.

(144) Enligt Tyskland och BayernLB var man ense om att BayernLB i stor utsträckning skulle täcka behovet av kapital för att utvidga sin affärsverksamhet med hjälp av tillskott i form av passiva innehav från institutionella investerare, men denna avsikt nämns varken i de relevanta klausulerna i överföringsavtalet eller i lagen om överföring av tillgångar. En privat investerare skulle därför inte ha haft någon tilltro till att hans kapital inte kommer att användas. Att det dessutom rådde enighet om att BayernLB skulle använda den särskilda reserven till att täcka risktillgångar först efter det att den övriga disponibla kapitalbasen utnyttjats, stämmer också överens med denna riskanalys, när man utgår från att avsikten under alla omständigheter var att använda kapitalet till täckning av risktillgångar. Enligt kommissionens uppfattning är det inte heller någonting i dessa synpunkter som motiverar att risken för förluster vid insolvens eller likvidation kvalitativt sett var mindre än den varit om det handlat om aktiekapital.

(145) Att Sparkassenverband Bayern som andra aktieägare enligt § 2 i avtalet av den 14 december 1994 mellan delstaten Bayern och Bayerischer Sparkassenverband skulle bära hälften av BayernLB:s eventuella förlust, om den särskilda reserven förbrukades eller togs i anspråk av BayernLB:s fordringsägare för att täcka förluster, eliminerade inte heller risken för att den särskilda reserven åtminstone delvis kunde gå förlorad i händelse av insolvens eller likvidation, eftersom den särskilda reserven därefter bara skulle fyllas på proportionellt. Dessutom minskar BayernLB:s nytta av kapitalet inte av avtalet mellan aktieägarna, så denna omständighet kan inte minska den ersättning Bayern sammanlagt skulle betala. Därför var det omöjligt att BayernLB inte skulle betala någonting alls, om Sparkassenverband Bayern gentemot delstaten Bayern hade åtagit sig att bära hela förlusten. Detta avtal kunde på sin höjd i deras inbördes förhållande leda till en ersättning från delstaten Bayern till Sparkassenverband för övertagandet av denna extra risk, men något sådant har inte överenskommit och det saknar betydelse för detta förfarande.

(146) Slutligen övertygar inte heller invändningen att den särskilda reservens andel i detta ärende utgjorde cirka 8 % av det sammanlagda kapitalet då överföringen gjordes, och inte heller att risken för förluster därför var betydligt mindre än i fallet med WestLB, där Wfa-tillgångarna utgjorde nästan 50 % av bankens kapitalbas. I ärendet WestLB var kapitaltillskottets storlek en indikation på att medlen kunde jämföras med aktiekapital, men tillskottets storlek var inte ensamt avgörande för detta antagande. På grundval av en övergripande granskning fann kommissionen också i WestLB-beslutet att transaktionen i fråga till övervägande del motsvarade en investering i aktiekapital.

(147) Mot bakgrund av ovannämnda omständigheter, särskilt en analys av den risk en investerare har åtagit sig genom den transaktion som granskas i detta ärende, drar kommissionen slutsatsen att det är ersättningen för det aktiekapital som ställdes till förfogande för BayernLB som är utgångspunkten för att fastställa en lämplig ersättning för de bundna tillgångarna. Också parterna i det avtal som översändes till kommissionen den 24 september 2004 utgick i sitt förslag till ersättning från att tillskottet motsvarade en investering i aktiekapital.

f) **Likviditetsnackdelar**

(148) Tysklands och BayernLB:s argument avseende 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 100 % riskjusterade tillgångar med en faktor på 12,5 (dvs. 100 dividerat med kapitaltäckningsgraden på 8 %), måste banken refinansiera sig 11,5 gånger på finansmarknaderna. Enklare uttryckt ger skillnaden mellan 12,5 gånger erhållna och 11,5 gånger betalda räntor på detta kapitalminus bankens övriga kostnader (t.ex. förvaltningskostnader) vinsten på det egna kapitalet⁽⁴⁵⁾. Eftersom BayernLB: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 bostadsbyggande enligt lag är förbehållna främjandet av bostadsbyggande – hade BayernLB 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)⁽⁴⁶⁾. 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 marknadsekonomi kan inte förvänta sig att få samma ersättning som vid tillskjutande av kontant kapital.

⁽⁴⁵⁾ I realiteten är situationen naturligtvis mycket mer komplicerad, exempelvis på grund av poster utanför balansräkningen, olika riskviker för tillgångar och poster utan risk. Detta berör dock inte kärnan i detta resonemang.

⁽⁴⁶⁾ 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).

⁽⁴⁴⁾ Skrivelse från Tyskland av den 3 juli 2001, s. 11.

(149) Kommissionen anser dock att man inte skall beakta hela den sammanlagda refinansieringssatsen. Refinansieringskostnader är driftskostnader och minskar därför den beskattningsbara inkomsten. Nettoresultatet för banken minskas 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 BayernLB till följd av det överförda kapitalets särskilda egenskaper. Sammanfattningsvis medger kommissionen således att BayernLB får extra "likviditetskostnader" motsvarande "refinansieringskostnaderna minus bolagsskatt" ⁽⁴⁷⁾.

(150) Kommissionen kan inte heller hålla med Tyskland om att det faktum att det kapitalbelopp som tillfördes BayernLB bara utgjorde 8 % av det egna kapitalet och inte nästan 50 % som i fallet WestLB innebar att en privat investerare inte skulle ha kunnat uppnå ett avdrag endast på refinansieringskostnaderna netto. Detta argument övertygar inte. Det enda avgörande är att BayernLB i beskattningen skulle ha kunnat dra av refinansieringskostnaderna som driftskostnader och därmed uppnått en fördel som till följd av EU:s statsstödsregler skall beaktas oavsett volymen på det kapital som ställts till förfogande.

g) **Rimlig ersättning för beloppet på 1,197 miljarder tyska mark**

(151) Den rimliga ersättningen för beloppet på 1,197 miljarder tyska mark kan förvisso beräknas på flera olika sätt. Såsom visas nedan bygger dock alla beräkningsmetoder för att fastställa ersättningen för aktiekapital som ställts till förfogande på samma grundprinciper. 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 BayernLB. 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.

i) **Fastställande av en förväntad minimiersättning för en investering i aktiekapital i BayernLB**

(152) 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. I det sammanhanget stöder han sig på tidigare genomsnittliga avkastningar, som i regel också ger ledtrådar om företagets framtida resultat, samt på en analys av företagets affärsmodell under den period investeringen gäller, företagsledningens strategi och kvalitet eller de relativa utsikterna inom näringsgrenen i fråga.

(153) En privat investerare i en marknadsekonomi gör en investering bara om den ger möjlighet till en större avkastning eller en mindre risk jämfört med det nästbästa alternativa sättet att använda kapitalet. På motsvarande sätt gör en investerare inga investeringar i ett företag, om avkastningsförväntningarna är lägre än den genomsnittliga förväntade avkastningen hos andra företag med en jämförbar riskprofil. I det fallet kan man anta att det finns tillräckliga alternativ till det planerade investeringsprojektet, som ger en större förväntad avkastning vid samma risknivå.

(154) Det finns olika metoder för att beräkna den rimliga minimiersättningen. 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:

$$\begin{aligned} &\text{Rimlig minimiavkastning på en riskinvestering} \\ &= \\ &\text{riskfri bassats} + \text{riskpremie för riskinvesteringen.} \end{aligned}$$

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.

(155) På motsvarande sätt fastställs avkastningen alltid på grundval av om det finns en investeringsform utan risk för bortfall, 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:

⁽⁴⁷⁾ Bekräftat genom förstainstansrättens dom av den 6 mars 2003 i förenade målen T-228/99 och T-233/99, punkterna 321–331.

- *Finansieringsmodellen*: En investerares förväntade avkastning på eget kapital utgör framtida finansieringskostnader för den bank som förfogar över kapitalet. I denna modell beräknas först de kostnader för anskaffning av eget kapital som jämförbara banker haft i det förflutna. 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.
- *Finansieringsmodell med Compound Annual Growth Rate*: Det centrala i denna modell är att man använder ett geometriskt i stället för ett aritmetiskt medelvärde (Compound Annual Growth Rate).
- *Capital Asset Pricing-modellen (CAPM)*: CAPM är den mest kända och oftast testade modellen inom modern finansekonomi och den kan användas till att beräkna en investerares förväntade avkastning med följande formel:

Minimiavkastning

=

riskfri bassats + (marknadsriskpremie × beta)

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

(156) CAPM är den förhärskande metoden för att beräkna avkastningen på investeringar för stora, börsnoterade företag. Eftersom BayernLB 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.

(157) I sina synpunkter av den 29 juli 2003 kom BdB med hjälp av CAPM fram till att det vid den tidpunkt då bygglånefordringarna överfördes kunde förväntas en minimiersättning för en investering i aktiekapital i BayernLB på 13,34 % per år per den 31 december 1994 och på 12,87 % per år per den 31 december 1995. 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. Marknadsriskpremien på 4,6 % var också satt alltför högt. Egentligen borde BdB ha kommit till en betydligt lägre minimiersättning för en hypotetisk investering i aktiekapital i BayernLB på grundval av CAPM-modellen. Delstaten Bayern, BayernLB och BdB kom inom ramen för sitt avtal om en marknadsmässig ersättning till resultatet att det var lämpligt med en minimiersättning på 9,87 % för den första delen av överföringen och en minimiersättning på 8,00 % för den andra.

(158) Parterna baserade sina beräkningar på CAPM-modellen. De utgick i detta sammanhang från en riskfri basräntesats på

7,50 % (31 december 1994) respektive 6,10 % (31 december 1995). Dessa räntesatser fastställdes under antagande om att BayernLB: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 reinvesteringsrisken, 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 1970–1994 respektive 1970–1995, och kom på detta sätt fram till de ovannämnda riskfria basräntesatserna på 7,50 % (31 december 1994) respektive 6,10 % (31 december 1995).

(159) Eftersom investeringen i BayernLB i praktiken skulle ställas till förfogande permanent, verkar sättet att beräkna de riskfria basräntesatserna lämpligt i detta fall. Det använda REX10 Performance-indexet är dessutom allmänt erkänt som datakälla. De beräknade riskfria basräntesatserna verkar därför lämpliga.

(160) Beräkningen av betafaktorerna – 0,593 (31 december 1994) och 0,475 (31 december 1995) – gjordes på grundval av en expertrapport från [...] som kommissionen har tillgång till och som handlar om justerade betafaktorer för samtliga börsnoterade kreditinstitut i Tyskland. Dessa betafaktorer anses lämpliga på grundval av denna studie och med hänsyn till BayernLB:s affärstrategi.

(161) Enligt kommissionens uppfattning verkar marknadsriskpremien på 4,0 % också berättigad. Den så kallade generella långfristiga marknadsriskpremien, dvs. skillnaden mellan den långfristiga genomsnittliga avkastningen på en vanlig aktieportfölj respektive statsobligationer, hade redan flera gånger behandlats i WestLB-förfarandet. I de motsvarande expertrapporterna som lades fram i ärendet fastställdes intervaller till cirka 3–5 % alltefter metod, undersökt period och dataunderlag. 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.

(162) 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 ärende. Kommission fastställer därför att en rimlig minimiersättning är 9,87 % per år för den första delen av överföringen och 8,00 % per år för den andra delen av överföringen (i båda fallen efter bolagsskatt och investerarskatt).

ii) **Avdrag på avkastningen på grund av bristande likviditet**

(163) Tyskland uppgav att BayernLB:s faktiska refinansieringskostnader under andra halvåret 1994, då den första delen överfördes, i genomsnitt låg på 7,71 %, och att de under andra halvåret 1995, då den andra delen överfördes, i genomsnitt låg på 6,78 %. I avtalet utgick parterna från den beräknade långfristiga riskfria basräntesatsen på 7,50 % per den 31 december 1994 (för den första delen) och 6,10 % per den 31 december 1995 (för den andra delen) som minimikostnader brutto vid refinansiering. Dessutom hade parterna enats om att utgå från en fast skattesats på 50 %⁽⁴⁸⁾. På motsvarande sätt kommer parterna till en refinansieringssats netto på 3,75 % för den första delen och på 3,05 % för den andra delen och därmed till ett motsvarande likviditetsavdrag.

(164) På grund av detta avtal och det faktum att de nämnda beloppen faller inom de ramar Tyskland redan anfört, har kommissionen ingen anledning att betrakta beloppen som olämpliga och lägger därmed också dessa belopp till grund för beräkningen av stödningslaget.

iii) **Påslag på avkastningen på grund av överföringens särskilda kännetecken**

(165) 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 överföringen av de bundna tillgångarna har, föranleder en anpassning av den ovan fastställda minimiersättningen på 9,87 % (för den första delen) och på 8 % (för den andra delen) som en privat investerare skulle förvänta sig för en (hypotetisk) investering i aktiekapital i BayernLB, 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.

(166) Delstaten fick inte mer rösträtt genom överföringen, och detta uppvägdes inte heller av någon motsvarande investering från den andra aktieägaren. Genom att avstå från rösträtt mister investeraren även möjligheten att påverka bankledningens beslutsfattande. 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. På grundval av den ökade ersättningen för preferensaktier jämfört med stamaktier anser kommissionen att ett påslag på minst 0,3 % per år (efter bolagsskatt) är lämpligt. Avtalsparterna anser också att ett påslag på 0,3 % per år är lämpligt, eftersom ingen ny rösträtt utdelades.

(167) Med beaktande av de överförda tillgångarnas volym och den inverkan detta hade på BayernLB mot bakgrund av kapitaltäckningsdirektivet anser kommissionen att inget påslag är motiverat i detta fall. Genom överföringen av de bundna tillgångarna ökade BayernLB:s primära kapital med bara 8 %, medan det i övriga nämnda fall som gäller delstatsbanker i vissa fall ledde till att det primära kapitalet fördubblades. Ett tillskott av aktiekapital på cirka 1,197 miljarder tyska mark i en av de största tyska universalbankerna kan dessutom inte anses vara helt oförenligt med en normal affärsmässig dimension med tanke på att europeiska kreditinstitut har ett osedvanligt stort kapitalbehov på grund av kapitaltäckningsdirektivet. Kommissionen anser därför att det är osannolikt 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. Kommissionen avstår därför från att påföra BayernLB ett påslag med beaktande av volymen på de överförda tillgångarna. Dessutom är utgångspunkten i avtalet att inget påslag skall påföras på grund av de överförda tillgångarnas volym.

(168) 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

⁽⁴⁸⁾ Enligt handlingar som den tyska regeringen lagt fram uppgick bolagsskatten 1995 och 1996 till 42 %, till vilket kom solidaritets-tillägget på 7,5 %, dvs. totalt 49,5 %. Den totala skattesatsen minskade 1998 till 47,5 %. Det är först sedan 2001 den totala skattesatsen bara utgjort 30,5 %.

bolagets kapitalbas och står inte till investerarens förfogande. Han kan dock sälja aktien och därmed – allt efter rådande börskurs – realisera det ekonomiska motvärdet. Investeringen är därmed fungibel. På grund av de särskilda omständigheterna i samband med överföringen av de bundna tillgångarna har delstaten inte denna möjlighet. Kommissionen ser ändå ingen anledning till ett extra påslag. Delstaten hade visserligen ingen möjlighet att realisera det ekonomiska motvärdet genom att fritt handla med investeringen, men det var och är principiellt möjligt att lösa ut de bundna tillgångarna från BayernLB och i förekommande fall uppnå en större avkastning genom att reinvestera i andra institut. Också i detta avseende grundar sig avtalet mellan BdB, delstaten Bayern och BayernLB på att tillgångarnas bristande fungibilitet inte kan användas som orsak att påföra ett påslag.

(169) 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.

iv) **Ingen nedsättning av avgiften med stöd av avtalet om en fast ersättning**

(170) När det gäller aktier beror ersättningen direkt på företags resultat och den tar sig huvudsakligen uttryck i form av utdelningar och en andel i företagets värdestegring (t.ex. uttryckt i högre aktiekurser). Delstaten får en schablonersättning vars storlek bör avspegla båda dessa aspekter på ersättningen för ett "normalt" kapitaltillskott. Man kan hävda att den fasta ersättning som delstaten får i stället för en ersättning som skulle varit direkt knuten till BayernLB:s resultat innebär en fördel som motiverar en minskning av ersättningens storlek. Huruvida en sådan fast ersättning faktiskt är fördelaktigare än en variabel, vinstrelaterad ersättning, beror på företagets resultat i framtiden. Om resultaten blir sämre är den fasta satsen till fördel för investeraren, men om de förbättras är den en nackdel. Den faktiska utvecklingen kan dock inte i efterhand användas för att bedöma beslutet om att göra investeringen i fråga. Ersättningens fasta karaktär är därför inte en sådan fördel för investeraren som gör att denne därför skulle ha nöjt sig med en mindre ersättning. Med beaktande av detta anser kommissionen att avgiftssatsen inte skall minskas på grund av detta.

v) **Ersättning totalt**

(171) På grundval av alla dessa överväganden drar kommissionen i likhet med den klagande parten BdB, delstaten Bayern och BayernLB slutsatsen att en ersättning på 6,42 % per år (efter bolagsskatt och investerarskatt) utgör en rimlig ersättning för den första delen av kapitalet i fråga, dvs. 9,87 % med en normal avkastning på investeringen i fråga plus ett tillägg på 0,3 % för transaktionens särskilda karaktär minus 3,75 % till följd av de finansieringskostnader som uppstår

för BayernLB därför att de överförda tillgångarna saknar likviditet. Vad beträffar den andra delen av överföringen anser kommissionen att det är lämpligt med en ersättning på 5,25 % per år (efter bolagsskatt och investerarskatt), dvs. 8 % med en normal avkastning plus ett tillägg på 0,3 % minus 3,05 % därför att det kapital som ställts till förfogande har bristande likviditet.

iv) **Beräkning av en minimiersättning för kapitalbeloppet 1,197 miljarder tyska mark fram till dess att beloppet godkändes av BAKred**

(172) Såsom redan förklarats hade den särskilda reserven på 1,197 miljarder tyska mark redan ett materiellt värde för BayernLB innan BAKred godkände den som primärt kapital enligt lagen om kreditväsendet, eftersom de båda delarna av överföringen redan hade förts upp som eget kapital i balansräkningen då överföringen ägde rum. 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.

(173) Som kommissionen godkände redan i WestLB-ärendet ⁽⁴⁹⁾ anser Tyskland som utgångspunkt att en ersättning på 0,3 % per år före skatt är lämplig för garantifunktionen till förmån för BayernLB. De argument som i beslutet fick ligga till grund för en höjning av den sats som var utgångspunkten anser Tyskland däremot vara ohållbara. I WestLB-ärendet höjdes den nämnda satsen på 0,3 % per år (före skatt) med ett påslag på ytterligare 0,3 % per år, därför att a) borgensförbindelser i regel är förknippade med bestämda transaktioner och tidsbegränsade (vilket inte var fallet med WestLB) och b) därför att det belopp på mer än 3,4 miljarder tyska mark som ställts till WestLB:s förfogande överskred det som normalt sett täcks med bankgarantier av detta slag.

(174) Eftersom WestLB och BayernLB 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 BayernLB också skulle ha varit tvungen att betala på marknaden i mitten av 1990-talet för att ta över en bankgaranti till sin egen fördel. Kommissionen håller dessutom först och främst med Tyskland om att det belopp de överförda tillgångarna utgjorde är betydligt lägre i fallet BayernLB än i fallet WestLB och att det andra argumentet som nämndes i WestLB-beslutet inte håller. Garantifunktionen var faktiskt inte heller i fallet BayernLB tidsbegränsad eller förknippad med en viss transaktion. Det var dock de facto fråga om en tidsbegränsning, eftersom det faktum att BAKred godkänt beloppet som primärt kapital innebar att hela beloppet kunde användas till att utvidga affärsverksamheten. Därmed skulle det inte längre betalas någon särskild garantiprovision (*Avalprovision*). Ersättningen

⁽⁴⁹⁾ Beslut 2000/392/EG.

för garantifunktionen ingick i ersättningen för den affärsverksamhetsutvidgande funktionen. Garantifunktionen som sådan var därför begränsad från första början, vilket skiljer BayernLB-ärendet från WestLB-ärendet.

Kommissionen anser därför till skillnad från sin bedömning i fallet WestLB att det inte är berättigat med ett påslag i fallet BayernLB, och lägger därför en sats på 0,3 % per år till grund som en rimlig ersättning för den garantifunktion kapitalet hade från och med den tidpunkt då kapitalet fördes upp i balansräkningen den 31 december 1994 respektive den 31 december 1995 och fram till dess att den godkändes av BAKred⁽⁵⁰⁾. En sifferkontroll efter skatt ger därmed en sats på 0,15 % per år, om utgångspunkten är en bolagsskattesats på cirka 50 % vid den dåvarande tidpunkten⁽⁵¹⁾. Satsen på 0,15 % per år efter skatt användes också av parterna som underlag för beräkning av stödinslaget i en tabell som bifogats avtalet.

h) *Stadgeändring av den 5 mars 2004*

(175) Enligt Tyskland ändrades BayernLB:s stadgar med verkan från den 5 mars 2004 genom en ny § 2 a, där det föreskrivs att de bundna tillgångar som överfördes till BayernLB den 31 december 1994 respektive den 31 december 1995 inte längre kan användas som säkerhet för bankens konkurren- utsatta verksamhet. Detta påverkar dock inte möjligheten att använda tillgångarna som garantikapital.

(176) Därmed har banken från den tidpunkt då bestämmelsen trädde i kraft inte möjlighet att använda de bundna tillgångarna till att täcka risktillgångar från BayernLB:s konkurren- utsatta verksamhet. Det är följaktligen uteslutet att de bundna tillgångarna används till att utvidga affärs- verksamheten. Det enda som återstår är kapitalets garanti- funktion.

(177) Enligt upplysningar från Tyskland och enligt det avtal mellan delstaten och BayernLB som lagts fram för kommissionen ersätts garantifunktionen med en ansvars- provision på 0,3 % per år efter skatt. Tyskland gör med hänvisning till bestämmelsen om ersättning för en jämför- bar transaktion gällande att det är fråga om en marknads- mässig ersättning som BayernLB i dag skulle ha varit tvungen att betala på marknaden för att ta över en borgensförbindelse till sin fördel. Tyskland har förklarat att ersättningen för de bundna tillgångarna i BayernLB:s fall i skattehänseende betraktas som vinstdisposition och således inte kunde dras av som driftsutgift, och att ersättningen därför skulle betalas ut efter skatt.

⁽⁵⁰⁾ Såsom redan förklarats ovan är det vad garantifunktionen beträffar inte tidpunkten för avslutandet av räkenskaperna per den 31 december som är avgörande i detta sammanhang. Det avgörande är snarare själva kapitaltillskottet (se fotnot 41).

⁽⁵¹⁾ Se ovan fotnot 49.

(178) Kommissionen är enig med Tyskland om att en provision på 0,3 % per år efter skatt kan godtas som en rimlig ersättning. Kommissionen utgår också i detta ärende från en bassats på 0,3 % per år före skatt för den aktuella transaktionen. Enligt kommissionen finns det inget som talar för att det under de gångna åren skett någon förändring av bassatsen på 0,3 % per år före skatt, sådan den godkändes i WestLB-beslutet 2000/392/EG och också i detta ärende för den rimliga ersättningen för det kapital som ställts till förfogande fram till dess att BAKred hade godkänt tillskottet som primärt kapital. Tyskland har inte heller bestridit detta. Dessutom är det åtminstone⁽⁵²⁾ på grundval av den omständigheten att kapitalet varaktigt och på obegränsad tid står till BayernLB:s förfogande rimligt med ett tillägg på minst 0,15 % per år före skatt i överensstämmelse med den metod som tillämpades i WestLB-beslutet. Det skall dock beaktas att bolagsskattesat- sen år 2004 är betydligt lägre än på 1990-talet⁽⁵³⁾. En granskning efter skatt ger därför resultatet att kommissio- nen kan godta att den valda ersättningen på 0,3 % efter skatt är rimlig.

(179) För kommissionen är det därmed bevisat att den nya bestämmelsen om de bundna tillgångarnas kvarstående i banken medförde att den aktuella stödordningen upphörde den 5 mars, då bestämmelsen trädde i kraft, och att den ersättning på 6,42 % per år efter skatt (för den första delen) och 5,25 % per år efter skatt (för den andra delen) som kommissionen anser vara rimlig därför bara skall betalas fram till sistnämnda datum.

i) *Stödinslaget*

(180) Med stöd av ovannämnda beräkningar anser kommissionen att den ersättning BayernLB skall betala för de bundna tillgångarna, som till sitt kontantvärde godkänts som primärt kapital av BAKred, utgör 6,42 % per år för den första delen av överföringen (31 december 1994) och 5,25 % per år för den andra delen av överföringen (31 december 1995), i båda fallen från slutet av den månad då beloppet godkänts som primärt kapital av BAKred (för beloppet 655 miljoner tyska mark fr.o.m. den 31 maj 1996 och för det totala beloppet på 1,197 miljarder tyska mark fr.o.m. den 31 december 1996). Beräkningsunderlaget för ersättningen är de bundna tillgångarnas (den särskilda reservens) sammanlagda kontantvärde, som BAKred god- känt som primärt kapital. För åren 1998 och 1999, då kontantvärdet i praktiken underskred det av BAKred godkända beloppet på grund av fluktuationer, är det dock endast det minskade kontantvärdet som skall användas som beräkningsunderlag.

⁽⁵²⁾ Kommissionen är medveten om att storleken på det belopp som står till förfogande som säkerhet och som i WestLB-beslutet 2000/392/ EG anfördes som en ytterligare grund för en höjning, är mindre i fallet BayernLB och därför har mindre betydelse i detta ärende.

⁽⁵³⁾ Enligt handlingar som den tyska regeringen lagt fram upp gick bolagsskatten 1995 och 1996 till 42 %, till vilket kom solidaritets- påslaget på 7,5 %, dvs. totalt 49,5 %. Den totala skattesatsen minskade 1998 till 47,5 %. Sedan 2001 har den totala skattesatsen dock endast varit 30,5 %.

- (181) Denna avgift borde ha betalats från och med den tidpunkt då beloppet godkändes av BAKred och fram till dess att stödordningen upphörde den 5 mars 2004.
- (182) Kommissionen anser dessutom att det är marknadsmässigt med en avgift på 0,15 % per år efter skatt för den särskilda reserven, som redan uppförts som eget kapital i balansräkningen men som ännu inte godkänts som primärt kapital av BAKred, dvs. över 655 miljoner tyska mark fram till godkännandet av den första delen den 8 maj 1996 och över 542 miljoner tyska mark fram till godkännandet av den andra delen den 20 december 1996.
- (183) BayernLB betalar för närvarande en avgift på 0,6 % per år (efter skatt) bara på det belopp banken faktiskt har använt till att täcka risktillgångar. Denna avgift betalades en enda gång, 1996, och då till ett belopp av 7 000 tyska mark. Kommissionen godtar dessutom den garantiavgift som BayernLB har betalat som extra avgift till delstaten (se punkt 131 ovan).
- (184) Stödinslaget kan beräknas som skillnaden mellan de faktiska betalningarna och de betalningar som skulle motsvara de villkor som råder på marknaden. Stödet stod därmed till stödmottagarens förfogande från den dag då ersättningen förföll till betalning. Betalningsdag är i enlighet med överföringsavtalen dagen för avslutande av räkenskaper för respektive relevanta räkenskapsår.

(185) Diagram 2: Beräkning av stödslaget

		1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
	Överföringsdel 1										
1	Till förfogande för garantiändamål (från-till):	01.01.-31.12.	01.01.-31.05.								
2	Till förfogande för garantiändamål (DEM):	655 000 000	655 000 000								
3	Till förfogande för att utvidga affärsverksamheten (från-till):		01.06.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-05.03.
4	Till förfogande för att utvidga affärsverksamheten (DEM):		655 000 000	655 000 000	[...]	[...]	655 000 000	655 000 000	655 000 000	655 000 000	655 000 000
	Överföringsdel 2										
5	Till förfogande för garantiändamål (från-till):		01.01.-31.12.								
6	Till förfogande för garantiändamål (DEM):		542 000 000								
7	Till förfogande för att utvidga affärsverksamheten (från-till):			01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-31.12.	01.01.-05.03.
8	Till förfogande för att utvidga affärsverksamheten (DEM):			542 000 000	[...]	[...]	542 000 000	542 000 000	542 000 000	542 000 000	542 000 000

Beräkning av stödslaget

9	Ersättning på 0,15 % efter skatt för punkt 2 (DEM)	982 500	408 033								
10	Ersättning på 6,42 % efter skatt för punkt 4 (DEM)		24 587 197	42 051 000	[...]	[...]	42 051 000	42 051 000	42 051 000	42 051 000	7 468 074
	<i>Delsumma: ersättning för överföringsdel 1 (DEM)</i>	982 500	24 995 230	42 051 000	[...]	[...]	42 051 000	42 051 000	42 051 000	42 051 000	7 468 074
11	Ersättning på 0,15 % efter skatt för punkt 6 (DEM)		813 000								

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
12 Ersättning på 5,25 % efter skatt för punkt 8 (DEM)			28 455 000	[...]	[...]	28 455 000	28 455 000	28 455 000	28 455 000	5 053 484
<i>Delsumma: ersättning för överföringsdel 2 (DEM)</i>	0	813 000	28 455 000	[...]	[...]	28 455 000	28 455 000	28 455 000	28 455 000	5 053 484
13 Ersättningsbelopp (DEM)	982 500	25 808 230	70 506 000	[...]	[...]	70 506 000	70 506 000	70 506 000	70 506 000	12 521 557
14 Redan betald ersättning (DEM)	1 722 080	2 249 846	2 217 376	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	
Varav: garantibetalning*) (efter skatt) i DEM	1 722 080	2 242 846	2 217 376	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	
Varav: ansvarsprovision (efter skatt) i DEM		7 000								
15 Stödinslag (13 – 14) – DEM	- 739 580	23 558 383	68 288 624	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
16 Stödinslag totalt – DEM										509 453 993
Stödinslag totalt – i euro										260 479 690

Sedan den 1 januari 1999 omräknas tyska mark till euro enligt växelkursen 1,95583. Uppgifterna skall omräknas till euro i enlighet därmed.

Minskningarna av kontantvärdet åren 1998 och 1999 gjordes schablonmässigt i förhållande till kontantvärdet för både delarna av överföringen.

1.3. SNEDVRIDNING AV KONKURRENSEN OCH PÅVERKAN PÅ HANDELN MELLAN MEDLEMSSTATERNA

- (186) Genom avregleringen av finansiella tjänster och integrationen av finansmarknaderna har banksektorn inom gemenskapen blivit allt känsligare för snedvridningar av konkurrensen. Denna utveckling skärps nu ytterligare då den ekonomiska och monetära unionen genomförs, vilket innebär att de återstående konkurrenshindren på marknaderna för finansiella tjänster undanröjs.
- (187) Den stödbeviljade banken BayernLB bedriver bankverksamhet både regionalt och internationellt. BayernLB uppfattar sig själv som universell affärsbank, centralbank för sparbankerna och bank för delstaten och kommunerna. Trots sitt namn, sina traditioner och sina lagstadgade uppgifter är BayernLB ingalunda någon lokal eller regional bank.
- (188) Detta visar entydigt att BayernLB tillhandahåller banktjänster i konkurrens med andra europeiska banker såväl utanför Tyskland som inom Tyskland – eftersom banker från andra europeiska länder är verksamma i Tyskland.
- (189) 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 sin affärsverksamhet om den har en tillräcklig mängd godkänt eget kapital. Eftersom den statliga åtgärden försåg BayernLB med sådant eget kapital för kapitaltäckning påverkade den direkt bankens affärsmöjligheter.
- (190) Därmed är det fastställt att stöd till BayernLB snedvrider konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

1.4. RESULTAT

- (191) Av ovan anförda skäl kan det fastställas att samtliga kriterier i artikel 87.1 i EG-fördraget uppfylls. Skillnaden mellan å ena sidan den överenskomna ersättningen på 0,6 % per år och garantiavgiften på 0,05 % per år och å andra sidan den rimliga ersättningen på 6,42 % per år (för den första delen) och 5,25 % per år (för den andra delen) (båda efter bolagsskatt och investerarskatt) för det överförda kapital som BayernLB fram till den 5 mars 2004 kunde använda som säkerhet för konkurrensutsatt verksamhet och de 0,15 % per år (efter bolagsskatt och investerarskatt) av den del av tillgångarna som motsvarar en garanti utgör därmed statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

2. FÖRENLIGHET MED DEN GEMENSAMMA MARKNADEN

- (192) Det skall dessutom undersökas om stödet kan anses förenligt med den gemensamma marknaden. Ingen av undantagsbestämmelserna i artikel 87.2 i EG-fördraget är

tillämplig. Stödet är inte av social karaktär och inte heller ges det till 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.

- (193) 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 allvarlig 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.
- (194) Eftersom BayernLB:s ekonomiska fortbestånd inte stod på spel då åtgärden genomfördes, uppkommer inte frågan om ett sammanbrott för ett enstaka stort kreditinstitut i Tyskland som BayernLB kunde leda 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.
- (195) Enligt artikel 87.3 c i EG-fördraget kan stöd anses förenligt med den gemensamma marknaden om det underlättar utvecklingen av vissa näringsverksamheter. Detta skulle i princip även kunna gälla omstruktureringsstöd inom banksektorn. I det föreliggande fallet saknas dock förutsättningarna för att tillämpa denna undantagsbestämmelse. BayernLB klassificeras inte som ett företag i svårigheter, som genom statligt stöd skulle hjälpas att återställa sin lönsamhet.
- (196) 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" ⁽⁵⁴⁾. De formella förutsättningarna för detta föreligger inte i detta ärende: Varken de uppgifter som BayernLB fullgör för att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller de kostnader som denna verksamhet ger upphov till är klart angivna. Därför är det klart att överföringen genomfördes för att göra det möjligt för BayernLB 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 detta fall.
- (197) Eftersom inget av undantagen från det principiella förbudet mot statligt stöd enligt artikel 87.1 i EG-fördraget är tillämpligt, kan stödet i fråga inte anses förenligt med den gemensamma marknaden.

⁽⁵⁴⁾ Denna rapport lades den 23 november 1998 fram för ekonomi- och finansministerrådet, men har inte offentliggjorts. Den kan fås från kommissionens generaldirektorat för konkurrens och läsas på kommissionens webbplats på Internet.

3. INGET BEFINTLIGT STÖD

- (198) I motsats till vad Tyskland gör gällande kan kapitaltillskottet inte heller anses omfattas av den befintliga stödordningen med institutionellt ansvar (*Anstaltslast*) och garantiansvar (*Gewährträgerhaftung*), utan skall snarare ses som nytt stöd.
- (199) I detta ärende föreligger för det första inte det faktiska sakförhållandet att garantiansvaret är en fullförandegaranti för fordringsägare för den händelse att bankens tillgångar inte längre är tillräckliga för att tillgodose deras krav. Kapitaltillskottet är inte avsett att tillgodose fordringsägarnas krav på delstatsbanken, och delstatsbankens tillgångar var inte heller förbrukade.
- (200) För det andra är det inte heller fråga om något institutionellt ansvar. Det institutionella ansvaret förpliktar den offentliga ägaren delstaten Bayern att ge BayernLB de medel som är nödvändiga för att BayernLB skall kunna bedriva sin verksamhet på vederbörligt sätt, om delstaten beslutar sig för att fortsätta den. Då kapitaltillskottet gjordes var BayernLB emellertid inte alls i en sådan situation där det inte längre var möjligt att driva verksamheten på vederbörligt sätt, till exempel på grund av brist på tillräckligt eget kapital. Kapitaltillskottet var således inte nödvändigt för att säkerställa att delstatsbankens verksamhet fortsätter på vederbörligt sätt. Kapitaltillskottet gjordes snarare i överensstämmelse med "lagmaterialet" för att möjliggöra en fortsatt framgångsrik affärsverksamhet för delstatsbanken mot bakgrund av den skärpning av föreskrifterna om andelarna för primärt kapital och eget kapital som ägde rum den 30 juni 1993. Delstatsbanken kunde därför på grundval av en medveten ekonomisk kalkyl från delstatens sida i egenskap av (med)ägare också i framtiden utnyttja marknadsmöjligheterna i konkurrens med andra banker. Den "nödvändighetsbestämmelse" som det institutionella ansvaret omfattar kan dock inte tillämpas på ett sådant sedvanligt ekonomiskt beslut som delstaten fattar i egenskap av (med)ägare. Eftersom det inte finns någon annan tillämplig befintlig stödordning enligt artikel 87.1 och artikel 88.1 i EG-fördraget, skall kapitaltillskottet därför klassificeras som nytt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 och artikel 88.3 i EG-fördraget och undersökas som ett sådant.

X. SLUTSATS

- (201) Kommissionen konstaterar att Tyskland olagligen har beviljat stödet i strid med artikel 88.3 i EG-fördraget.
- (202) Stödet kan varken enligt artikel 87.2 eller 87.3 eller enligt någon annan bestämmelse i fördraget anses förenligt med

den gemensamma marknaden. Därför förklaras stödet oförenligt med den gemensamma marknaden och stödinslaget i den olagliga åtgärden skall återkrävas av Tyskland.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Det statliga stöd på 260 479 690 euro som Tyskland beviljade Bayerische Landesbank – Girozentrale mellan den 31 december 1994 och den 5 mars 2004 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.

Artikel 3

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

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

Räntan skall beräknas på grundval av de bestämmelser som anges i kapitel V i kommissionens förordning (EG) nr 794/2004⁽⁵⁵⁾.

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.

Utfärdat i Bryssel den 20 oktober 2004.

På kommissionens vägnar

Mario MONTI

Ledamot av kommissionen

⁽⁵⁵⁾ 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:

Utbetalningsdatum ^(*)	Stödbelopp ^(*)	Valuta	Stödmottagarnas identitet

^(*) Datum då stödet eller delutbetalningarna av stödet ställdes till stödmottagarens förfogande (använd separata rader om en åtgärd består av flera delutbetalningar).

^(*) Stödbelopp som ställts till stödmottagarens förfogande (i bruttobidragsekvivalenter).

Anmärkningar:

1.2. Förklara utförligt hur de räntor som skall betalas på det stöd som skall återkrävas kommer att beräknas.

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 eventuella rättsliga grunder för de vidtagna eller planerade åtgärderna.

2.2. När kommer återvinningen av stödet att vara genomförd?

3. **Stöd som redan återvunnits**

3.1. Ge följande upplysningar om de stödbelopp som redan återvunnits från stödmottagaren:

Datum ^(*)	Återbetalt belopp	Valuta	Stödmottagarnas identitet

^(*) Datum för återbetalning av stödet.

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

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 20 oktober 2004

om ett stöd som Tyskland beviljat till förmån för Hamburgischen Landesbank – Girozentrale, numera HSH Nordbank AG

[delgivet med nr K(2004) 3928]

(Endast den tyska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2006/740/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR FATTAT DETTA BESLUT

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

med beaktande av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, 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 andelar i Hamburgische Wohnungsbaukreditanstalt ("WK") till Hamburgische Landesbank – Girozentrale ("HLB") via Freie und Hansestadt Hamburg ("FHH"). 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) Den 12 januari 1993 sände kommissionen Tyskland en begäran om upplysningar om omständigheterna kring och orsakerna till en kapitalökning vid WestLB genom samgående med Wohnungsbauförderanstalt ("WfA") och eventuella liknande öknings av eget kapital vid delstatsbanker i andra delstater. Tyskland inkom med svarsskrivelser i mars och september 1993 – och då kommissionen begärde ytterligare upplysningar även den 10 november och den 13 december 1993 – med kompletterande uppgifter i mars 1994. I Tysklands svarsskrivelse nämndes förutom överföringen av WfA till WestLB liknande överföringar i Niedersachsen, Berlin och Schleswig-Holstein.
- (3) Genom skrivelser av den 31 maj 1994 och den 21 december 1994 underrättade Bundesverband deutscher Banken e.V. (nedan kallad BdB), som företräder privatbanker med säte i

Tyskland, bland annat kommissionen om att FHH direkt eller indirekt överfört andelar i WK till HLB med verkan fram till den 1 januari 1986 och den 1 januari 1993. BdB ansåg att den därmed förbundna ökningen av HLB: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 marknads-ekonomi.

- (4) 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). Klagomålet gällde även liknande överföringar av tillgångar i Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Berlin och Bayern till Westdeutsche Landesbank, Norddeutsche Landesbank, Landesbank Schleswig-Holstein ("LSH"), Landesbank Berlin och Bayerische Landesbank. I februari och mars 1995 och december 1996 anslöt sig flera enskilda banker till klagomålet från deras förbund.
- (5) Kommissionen utredde först överlåtelsen av tillgångar till WestLB. Genom beslut 2000/392/EG ⁽²⁾ som togs i ärendet 1999 bedömdes skillnaden mellan den erlagda ersättningen och en marknadsmässig ersättning vara ett med den gemensamma marknaden oförenligt stöd, varför det måste upphöra. Beslutet hävdades av förstainstansrätten i en dom av den 6 mars 2003 ⁽³⁾ med hänvisning till att två faktorer som använts vid beräkningen av den i och för sig ostridiga ersättningen inte motiverats tillräckligt. Samtidigt med detta beslut meddelade kommissionen WestLB ett nytt beslut som tog hänsyn till kritiken i domstolens dom.
- (6) Den 1 september 1999 skickade kommissionen en begäran om upplysningar till Tyskland som konkret avsåg överföringarna till övriga delstatsbanker, däribland även HLB. I en skrivelse av den 8 december 1999 lämnade Tyskland upplysningar om överlåtelsen av WK till HLB, som kompletterades med en skrivelse av den 22 januari 2001.

⁽²⁾ EGT L 150, 23.6.2000, s. 1.⁽³⁾ REG 2003, s. II-435.⁽¹⁾ EUT C 81, 4.4.2003, s. 24.

- (7) 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 stödet.
- (8) Tyskland begärde och beviljades förlängning av tidsfristen och överlämnade därefter några synpunkter och ytterligare upplysningar med skrivelser av den 14 april 2003 och den 15 maj 2003. Ytterligare frågor diskuterades vid möten med företrädare för de tyska myndigheterna den 26 juni 2003. Efter ytterligare en begäran om upplysningar från kommissionen lämnade Tyskland ytterligare upplysningar den 29 augusti 2003.
- (9) Kommissionens beslut att inleda ett förfarande offentliggjordes i Europeiska gemenskapernas officiella tidning⁽⁴⁾ för att ge berörda parter möjlighet att inkomma med synpunkter. Kommissionen mottog därefter synpunkter från BdB som den vidarebefordrade till Tyskland för kommentarer. Den 30 oktober 2003 överlämnade Tyskland sitt ställningstagande till redogörelserna från BdB.
- (10) Kommissionen bad Tyskland inkomma med ytterligare upplysningar om alla förfaranden som rör delstatsbanker i en skrivelse av den 7 april 2004, och fick svar från Tyskland i skrivelser av den 1 och 2 juni 2004 samt av den 28 juni 2004. Den 1 oktober 2004 överlämnade Tyskland nya uppgifter och ytterligare upplysningar.
- (11) Till följd av fusionen den 2 juni 2003 mellan HLB och LSH som skapade HSH Nordbank överfördes WK-andelen som innehades av HLB tillbaka till FHH.
- (12) Den 19 juli 2004 lämnade de klagande BdB, Nordrhein-Westfalen och WestLB AG in ett utkast till överenskommelse om lämplig 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, FHH och HSH Nordbank (som var resultatet av fusionen mellan HLB och Landesbank Schleswig-Holstein 2003) 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 HLB, i dess slutliga lydelse, inkom till kommissionen den 14 oktober 2004.
- (14) Den 2 juni 2003 (skattemässigt och i balansräkningen fram till den 1 januari 2003) bildades HSH Nordbank AG genom sammanslagningen av HLB och LSH. Ägare är FHH med drygt 35 %, Land Schleswig-Holstein med närmare 20 %, WestLB med knappt 27 % och Sparkassen- und Giroverband Schleswig-Holstein med drygt 18 %. Med en balansslutning på cirka 180 miljarder euro och totalt ca 4 500 anställda hör den fusionerade banken idag till en av de största kreditinstituten i Tyskland.
- (15) När de båda delarna överfördes hade HLB en balansslutning på 36,5 miljarder tyska mark (1986) respektive knappt 60 miljarder tyska mark (1992). 2002, sista året före fusionen som gav upphov till HSH Nordbank, uppgick HLB:s koncernbalansslutning till närmare 93 miljarder euro (koncern) och täckningsgraden för eget kapital låg på 11 %. Samma år hade HLB 2 700 anställda på koncernnivå.
- (16) I sin egenskap av statligt ägd bank hade HLB hand om FHH:s bankaffärer och dess offentlighetsrättsliga eller privaträttsliga juridiska personer. I sin egenskap av affärsbank var HLB verksam framför allt med fartygs- och fastighetsfinansiering, affärer med företagskunder och privatkunder samt på de internationella kapitalmarknaderna. Inom fartygsfinansiering är HSB Nordbank enligt egen utsago idag världsledande.

ÖVERFÖRING AV ANDELAR I WK TILL HLB

II. NÄRMARE BESKRIVNING AV ÅTGÄRDERNA

HAMBURGISCHE LANDESBANK – GIROZENTRALE ("HLB")

- (13) Vid tidpunkten för överföringen var HLB en offentlighetsrättslig institution som inrättades genom förordning år 1938. Förordningen ersattes 1993 av lagen *Gesetz über die Hamburgische Landesbank – Girozentrale*, som ändrades 1997 i samband med den partiella avyttringen till Landesbank Schleswig-Holstein Girozentrale ("LSH")⁽⁵⁾. Fram till dess var FHH HLB:s enda aktieägare, offentliga ägare och garant. 1997 blev LSH vid sidan om FHH aktieägare i HLB. Båda hade en andel i HLB på 49,5 %. Därutöver innehar HLB-Beteiligungsgesellschaft mbH (HLB-BG), som kontrolleras av FHH och dess holdingbolag, Hamburger Gesellschaft für Beteiligungsverwaltung mbH (HGV), genom ett atypiskt passivt bolag en faktisk andel på 1 %.
- (14) Med lagen *Gesetz zur Verstärkung des Kapitals der Hamburgischen Landesbank – Girozentrale* av den 22 december 1992
- (5) LSH är en offentlighetsrättslig institution med egen rättskapacitet och med en balansslutning på ca 100 miljarder euro och ca 200 anställda 1998. LSH ägs sedan 1994 av WestLB (39,9 %), delstaten Schleswig-Holstein (25,05 %), Sparkassen- und Giroverband für Schleswig-Holstein (25,05 %) och Landesbank Baden-Württemberg (10 %).

⁽⁴⁾ Se fotnot 1.

överlät FHH med verkan från den 1 januari 1993 ytterligare 38 % av andelarna i WK till HGV samt de återstående andelarna på 38 % direkt till HLB. FHH-Holding HGV deltog ånyo som ett typiskt passivt deläggande med 19,86 % av de andelar i HLB som överlätits åt dem. Därigenom hade FHH enligt de uppgifter som Tyskland lämnade överfört sammanlagt 81,86 % av sina andelar i WK dels direkt, dels indirekt till HLB.

- (19) Vidare innehöll överlåtelseavtalet av den 22 december 1992 en köpoption. FHH kunde därför kräva att Landesbank när som helst överför de direkt tillförda WK-andelarna på FHH eller på en av FHH utsedd tredje part. Detta omfattade även rätten till återbetalning av de andelar som tillfördes 1986, vilket reglerades i ett s.k. "tilläggsprotokoll" av den 22 december 1992. Vid återbetalning beräknas motvärdet på WK-andelarna enligt en expertvärdering på grundval av det bokföringsår som föregick återbetalningen. I ett tillägg av den 21 april 1997 till ett avtal av den 22 december 1992 fastställdes det att vid en eventuell återbetalning skulle en ökning av passivt deläggande till följd av ändringar i WK-stödsystemet tilldelas FHH, inte HLB.

KAPITALKRAV ENLIGT KAPITALBASDIREKTIVET OCH KAPITALTÄCKNINGSDIREKTIVET

- (20) Enligt rådets direktiv nr 89/647/EEG av den 18 december 1989 om kapitaltäckningsgrad för kreditinstitut⁽⁶⁾ (nedan kallat "kapitaltäckningsdirektivet") och rådets direktiv 89/299/EEG om kapitalbasen i kreditinstitut⁽⁷⁾ (nedan kallat "kapitalbasdirektivet"), enligt vilka lagen om kreditväsendet ändrades, skall bankernas kapitalbas utgöra minst 8 % av de riskjusterade tillgångsposterna. 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.

- (21) Till den 30 juni 1993 skulle de tyska bankerna anpassa sina bestånd av garantikapital till de nya kraven enligt kapitaltäcknings- och kapitalbasdirektivet⁽⁸⁾. Redan innan

kapitaltäckningsdirektivet införlivades i tysk lagstiftning var 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 affärsvolymmer. 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 de offentligt ägda bankerna att överföra tillgångar och kapital, t.ex. tillgångarna i Nordrhein-Westfalens byggnadsfond (WfA) till WestLB och de tidigare nämnda WK-andelarna, som tagits upp i HLB:s kapitalreserv eller passiva innehav, till HLB.

ÖVERFÖRINGENS INVERKAN PÅ HLB:S KAPITALBAS

- (22) Överföringarna motiverades med att HLB behövde kapital eller högre kapitalisering för att utvidga sin affärsverksamhet. Överföringen av andelarna i WK hade fördelen att göra detta möjligt utan att ytterligare kapital behövde tas ur FHH:s budget.

- (23) Redan på 80-talet hade utvidgningen av affärsverksamheten lett till ett ständigt tilltagande behov av kapital. Enligt tillgängliga uppgifter överförde banken därför regelbundet en del av vinsten. Då detta dock uppenbarligen inte var nog, beslöt FHH redan 1986 att överföra 24 % av WK-andelarna (212 160 miljoner tyska mark) till HLB. I början av 90-talet var det absolut nödvändigt att med anledning av den fjärde ändringen av lagen om kreditväsendet (KWVG) att än en gång höja HLB:s eget kapital, då HLB i annat fall inte hade nått upp till normerna för kapitaltäckningsgraden.

- (24) Då inte heller FHH hade tillgång till tillräckliga likvida budgetmedel vid denna tidpunkt, beslöt man sig för att överföra kapitaltillgångar och den 1 januari 1993 överfördes 57,68 % av WK-andelarna (959 362 miljoner tyska mark) direkt och via HGV till HLB.

- (25) Överföringarnas totala värde beräknades till 1 171 522 miljoner tyska mark. Av detta belopp bestod 212 160 miljoner tyska mark av medel till disponibla reserver år 1986 (24 % av WK-andelarna), 659 362 miljoner tyska mark av medel till disponibla reserver år 1993 (38 % av WK-andelarna) och 300 miljoner tyska mark till HGV:s passiva innehav samma år (19,86 % av WK-andelarna). Beräkningen baserar sig på utlåtanden från två revisionsfirmor som hade i uppdrag att fastställa värdet på WK 1986 och 1993. Det totala beloppet på 1 171 522 miljoner tyska mark togs upp i balansräkningen 1993 och de därpå följande räkenskapsåren.

⁽⁶⁾ 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).

⁽⁷⁾ EGT L 124, 5.5.1989, s. 16, ersatt av direktiv 2000/12/EG.

⁽⁸⁾ 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 egna medel än den som gäller sedan kapitalbasdirektivet trädde i kraft.

- (26) Den tyska tillsynsmyndigheten för kreditväsendet (*Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, BAKred*) godkände kapitalbeloppet på 212 160 miljoner tyska mark. Med hänsyn till värderingen av det totala kapitalet efter ytterligare överföringar 1993 godkände BAKred först inte HLB:s motsvarande ansökan, då den ansåg att HLB borde ha rätt att sälja WK för att WK skulle erkännas som värdefullt ägande. Efter en ändring av WK-lagen 1997, enligt vilken aktieägarna kan besluta om avveckling på begäran av en aktieägare (även HLB), löstes detta problem och det totala värdet godkändes som HLB:s garantikapital.
- (27) Enligt Tysklands redogörelse utvidgade HLB sin affärsverksamhet betydligt efter de båda överföringarna: under perioden 1986–1999 ökade balansomslutningen från 36,5 miljarder tyska mark 1986 till mer än 145 miljarder tyska mark 1999.

ERSÄTTNING FÖR DET ÖVERFÖRDA EGNA KAPITALET

- (28) Enligt tillgängliga uppgifter fick FHH ingen ersättning för andelarna som överfördes den 1 januari 1986 (24 % eller 212 160 miljoner tyska mark). Det fanns inte heller någon överenskommelse om ersättning för de andelar som den 1 januari 1993 överfördes direkt till HLB (38 % eller 659 362 miljoner tyska mark). Däremot fick HGV [...] (*) miljoner tyska mark för delägandet av HLB.
- (29) Man enades om att HGV för sitt bidrag skulle få en vinstandel på [...], dock högst 10 % per år. Enligt tillgängliga uppgifter betalade HLB efter denna överenskommelse [...] miljoner tyska mark under tiden från den 23 december 1992 till den 1 januari 1993.
- (30) Andra överenskommelser om ersättning fanns inte. Tyskland har dock hävdats att FHH som HLB:s enda aktieägare fram till 1997 fick den i stadgarna fastställda maximala utdelningen på 6 %⁽⁹⁾. Dessutom omvandlade HLB regelbundet reserver som den själv hade genererat till räntebärande grundkapital (enligt Tyskland jämförbart med utdelning av gratisaktier), vilket enligt den information som lämnats ledde till en förräntning på mer än [...] % efter skatt (och motsvarande tillflöde) på det kapital som ägaren verkligen betalat in, vilket innebär att HLB är den delstatsbank som har högst förräntning.

III. SKÅL FÖR INLEDANDE AV FÖRFARANDET

- (31) I inledandet av ett förfarande av den 13 november 2002 förklarade kommissionen att FHH:s överföring av medel till

(*) Konfidentiella uppgifter har utelämnats ur texten eller ersatts av hakparentes och asterisk.

⁽⁹⁾ I den nya lagen om HLB som gäller sedan 1997 föreskrivs inte längre någon maximal utdelning. Enligt den information som lämnats har utdelningen sedan dess mer än fördubblats och uppgick 1999 till ca 21 %.

HLB måste utredas enligt den marknadsekonomiska investeringsprincipen. Enligt denna princip utgör det inget statligt stöd om en statlig investerare tillhandahåller kapital på villkor som en privat investerare, som verkar under normala marknadsvillkor, skulle godta för att tillföra medel till ett privat företag⁽¹⁰⁾ ("marknadsmässiga förhållanden").

- (32) För ett kreditinstitut är den ekonomiska nyttan av en bredare kapitalbas, som i detta fall följer av överföringarna av WK-andelar, större utlåningskapacitet och möjlighet att expandera affärsvolymen. Om offentliga investerare ställer denna bredare kapitalbas till förfogande på villkor som inte hade beviljats på normala marknadsvillkor, är det fråga om beviljande av en förmån genom tillskott av statliga medel.
- (33) Därför granskade kommissionen preliminärt om FHH hade ställt medlen i fråga till förfogande på marknadsmässiga villkor. Under normala marknadsförhållanden skulle man för ett kapitaltillskott vänta sig en ersättning som motsvarar värdet på detta kapital, dess funktion och de risker som tagits.
- (34) På grundval av de uppgifter som vid tillfället stod till förfogande betvivlade kommissionen att den ersättning som FHH eller Holding-Gesellschaft HGV fick var i linje med den som tillämpas på marknaden. Den betalda ersättningen på [...] miljoner tyska mark [...] motsvarade [knappt 3 %], i förhållande till de totalt överförda medlen. Då avkastningen för tioåriga tyska statsobligationer, alltså riskfri investering, vid tidpunkten för överföringen låg på mellan mer än 6 % och 7 %, kan man knappast utgå från att kapitaltillskottet skett under normala marknadsmässiga förhållanden. Även om man tar hänsyn till de särskilda omständigheterna i samband med transaktionen, t.ex. de överförda medlens bristande likviditetskaraktär, kan man knappast betrakta den avtalade ersättningen till FHH eller HGV som en marknadsmässig ränta.
- (35) Visserligen hade Tyskland förklarat att HLB vid tidpunkten för överföringen var ett ekonomiskt sunt företag, vars företagsvärde hade stigit från år till år. Därför hade intäkter dels utbetalats i form av vinstutdelningar åt FHH, dels överförts som vinstreserver för att förbättra HLB:s kapitalisering. På så sätt höjdes HLB:s värde, vilket gynnade den dåvarande enda aktieägaren FHH. På grund av ett utlåtande om försäljningen av andelar (49 %) till LSH överfördes ett marknadsvärde på HLB på [...]miljoner tyska mark per den [...], vilket enligt interna beräkningar per den 31 december 1985 fortfarande uppgick till [...]miljoner tyska mark och

⁽¹⁰⁾ EUT C 307, 13.11.1993, s. 3 punkt 11.

per den 31 december 1992 till [...]miljoner tyska mark, vilket gav en årlig genomsnittlig värdeökning på [...] % från 1986 till 1992 och på [...] % från 1993 till 1996, som FHH, som fram till 1997 var den enda aktieägaren, helt kunde utnyttja till sin egen fördel och vid försäljningen till LSH helt realisera. Men då närmare uppgifter och beräkningar saknades, till exempel om ökade utbetalningar av vinstutdelningen och värdeökningar, kunde kommissionen inte göra en bedömning av detta.

- (36) På grundval av de uppgifter som stod till förfogande hyste kommissionen allvarliga tvivel om huruvida de villkor enligt vilka FHH hade överlåtit medel som HLB uppenbarligen fullständigt kunde disponera som eget kapital, var i linje med de villkor som tillämpas på marknaden. Kommissionen drog därför slutsatsen att HLB sannolikt gynnats genom statliga medel.
- (37) För att beräkna en ersättning förklarade kommissionen att man i detta skede och med hänsyn till de särskilda omständigheterna i detta fall avsåg att följa den metod som användes i WestLB-beslutet den 8 juli 1999.
- (38) Eftersom HLB är verksam på regional, nationell och internationell nivå, och eftersom konkurrensen mellan de olika medlemsstaternas finansinstitut är hård på grund av den tilltagande integrationen på den finansiella tjänstesektorn inom gemenskapen, måste man utgå från att det rör sig om snedvriden konkurrens och påverkan på handeln mellan medlemsstaterna, om HLB fått statligt stöd. Kommissionen drog därför preliminärt slutsatsen att åtgärderna i fråga sannolikt utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget, vilket är ett problem med tanke på att stödet inte är förenligt med den gemensamma marknaden, eftersom inget av undantagen i artikel 87.2, 87.3 eller 86.2 i EG-fördraget förefaller vara tillämpligt i detta fall.
- (39) Inom ramen för det preliminära beslutet och enligt artikel 1. b i rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget⁽¹⁾ utgick kommissionen även från att det i förekommande fall rör sig om ett nytt och inte ett befintligt stöd, varvid man även hänvisade till artikel 15.2 i denna förordning. Kommissionen betraktade inledandet av ett förfarande som en ytterligare åtgärd från sin sida att avbryta preskriptionstiden enligt artikel 15.2 och att som sådana bekräfta tidigare åtgärder, däribland den begäran om upplysningar som kommissionen sände den 12 januari 1993, den 10 november 1993, den 13 december 1993 och den 1 september 1999 samt beslutet om att inleda förfaranden i ärendet WestLB⁽²⁾ eller beslutet om att inleda ett förfarande som delgavs HLB i fallet med Landesbank Berlin⁽³⁾.

IV. SYNPKUNKTER FRÅN TYSKLAND

- (40) Tyskland upprepade i sin skrivelse uppfattningen att man inte kan kräva återbetalning av överföringen av 24 % av WK:s kapital (värde i reserverna: 212,160 miljoner tyska mark) före den 1 januari 1986 till HLB enligt artikel 15.2 i förordning (EG) nr 659/1999 som olagligt stöd, eftersom tioårsfristen för denna överlåtelse av den 1 januari 1996 redan löpt ut.
- (41) Denna överlåtelse ("1986 års överlåtelse") är en rättsligt och ekonomiskt självständig överföring som skall skiljas från överlåtelserna 1993. I den mån Tyskland tidigare skulle ha talat om en "enhetlig investeringsvilja", såsom kommissionen påpekade i sitt inledande av ett förfarande, skulle detta ha gällt endast händelserna 1993. Även i tilläggsprotokollet av den 22 december 1992 i Tysklands skrivelse i december 1999 hänvisas det, vilket är det enda relevanta, endast till förloppet 1986 och till den rätt till återöverföring som FHH fick 1986 och 1993 angående andelarna. Dessutom var Tysklands redogörelse av hur en direkt erlagd ersättning på [...] miljoner tyska mark årligen skulle motsvara ca [knappt 3 %] i förhållande till de totalt överförda medlen endast ett exempel. Detta ändrar dock inte det faktum att överföringen 1986 rättsligt och sakligt var ett helt annat, separat fall.
- (42) Om man dock skulle kunna skilja överföringen 1986 från överföringarna 1993, skulle endast en åtgärd som kommissionen vidtagit enligt artikel 15.2 i förordning (EG) nr 659/1999 före den 1 januari 1996 avbryta preskriptionstiden. Kommissionens begäran om upplysningar som sändes före begäran av den 1 september 1999 var emellertid av allmän art, och i skrivelsen nämndes inte ens HLB. Av denna orsak uppfylls inte de krav på att avbrytande åtgärder skall vara konkreta som föreskrivs i artikel 15.2 i förordning (EG) nr 659/1999. I detta sammanhang nämnde Tyskland även förstainstansrätts dom av den 10 april 2003 i målet T-369/00, *Département du Loiret mot kommissionen*⁽⁴⁾ (nedan "Scott"). I denna dom fastslår domstolen att en skrivelse från kommissionen, där man begär upplysningar om en eventuell situation där statligt stöd förekommer, kan utgöra en åtgärd som avbryter preskriptionstiden enligt artikel 15.2 i förordning (EG) nr 659/1999. I den omtvistade skrivelsen var det dock fråga om en begäran om närmare upplysningar som uttryckligen och konkret gällde mark som företaget Scott S. A. fått köpa till förmånliga villkor. Kommissionen hänvisade tydligt i denna skrivelse till att det var fråga om att kontrollera om stödet i fråga var lagenligt och om stödet i så fall måste återbetalas. Tyskland anser att domstolen därigenom fastställde minimikraven på de upplysningar som måste begäras för att begäran skulle anses vara en åtgärd som avbryter preskriptionstiden.

⁽¹⁾ EGT L 83, 27.3.1999, s. 1, ändrad genom anslutningsakten 2003.

⁽²⁾ EGT C 140, 5.5.1998, s. 9.

⁽³⁾ EGT C 239, 4.10.2002, s. 12.

⁽⁴⁾ REG 2003, s. II-1789.

- (43) I det föreliggande ärendet uppfyller kommissionen, med sin till Tyskland riktade begäran om upplysningar av den 12 januari 1993, den 10 november 1993 och den 13 december 1993 som nämns i beslutet om att inleda ett förfarande, inte på långt när dessa krav. Dessa skrivelser gällde endast Westdeutsche Landesbank och en allmän begäran om upplysningar om eventuella liknande överföringar till andra delstatsbanker. HLB eller FHH nämns inte i någon av dessa skrivelser. Enligt Tyskland råder det en konflikt mellan avvisningsyrkandet och en närmare undersökning av händelseförloppet 1986.
- (44) Vad gäller den ekonomiska bedömningen av kapitaltillskottet bekräftade Tyskland först att det totala värdet av WK-andelar som tillfördes 1986 och 1993 uppgick till 1 171 522 miljoner tyska mark, och att detta belopp stod oförändrat som eget kapital till HLB:s förfogande. Det överförda kapitalet var vid inget tillfälle öronmärkt eller på något annat sätt bundet till ett visst ändamål.
- (45) I detta sammanhang bör det noteras att det kapital som överfördes 1986 därefter godkändes som garantikapital av BAKred. Det totala beloppet, dvs. inklusive överföringen 1993 på ca 959 miljoner tyska mark (38 % direkt överförda WK-andelar, 659 362 miljoner tyska mark fördes upp i disponibla reserver och 19,86 % WK-andelar som överförts indirekt via HGV, 300 miljoner tyska mark som överfördes till HLB i form av passivt delägande) godkändes dock först 1997 av BAKred som garantikapital. Detta berodde på att WK-lagen ändrades först den 25 juni 1997 och HLB först då i egenskap av aktieägare fick rätt till upplösning eller likvidation av WK.
- (46) Tyskland förklarade att de överförda medlen först retroaktivt fr.o.m. den 1 januari 1997 stod till HLB:s förfogande för att helt och hållet användas till att täcka skulder. HLB hade dock, som Tyskland senare förtydligade, redan före detta datum använt en del av kapitalreserven till att täcka skulder, dvs. – avrundat – 183 miljoner tyska mark 1993, mer än 436 miljoner tyska mark 1994 och 255 miljoner tyska mark 1995 och 208 miljoner tyska mark 1996 (se även tabellen i punkt 183). De övriga medlen i kapitalreserven användes inte och godkändes inte som primärt kapital. Först fr.o.m. den 1 januari 1997 stod beloppet på 659,4 miljoner euro genomgående fram till uppdelningen av WK till följd av fusionen med LSH som bildade HSH Nordbank den 2 juni 2003 till förfogande. Likaså var det passiva delägandet på 300 miljoner tyska mark 1997 vid detta datum fullt tillgängligt som primärt kapital. Före 1997 kunde dessa medel inte användas eller godkännas som primärt kapital.
- (47) När det gäller ersättningen betalades alltid det maximala beloppet på [...] miljoner tyska mark [...] för det passiva delägandet, vilket motsvarar [högst 10 %]. För kapitalreserven på ca 659 miljoner euro betalades ingen ersättning.
- (48) Tyskland förklarade dock att inte endast den överenskomna, direkta räntan på det passiva delägandet skall anses utgöra en del av ersättningen. Dels bör utbetalningarna av vinstutdelningen hänföras till aktieägaren FHH, då HLB:s vinster oundvikligen även härrör från de medel som överförts från FHH. På så sätt fick FHH som enda aktieägare fram till 1997 den i stadgarna fastställda maximala utdelningen på 6 %, och fr.o.m. 1997 varierande, men stigande utdelningar på sina andelar i aktiekapitalet. Från [...]miljoner euro 1985 steg dessa utbetalningar fram till 1996, då FHH fortfarande var den enda ägaren, till [...] miljoner euro 1996. 1997 uppgick utbetalningarna för andelarna i FHH, som nu endast utgjorde 50,5 %, till [...] miljoner euro. År 2001 hade beloppet stigit till [...]miljoner euro.
- (49) Därutöver hade de reserver som HLB själv genererat regelmässigt omvandlats till grundkapital. Grundkapitalet steg från 228,3 miljoner euro 1985 till 250,9 miljoner euro 1997, och har därefter förblivit oförändrat. Dessutom har de sedan 1985 fortlöpande själva höjt vinstreserverna från 93,1 miljoner euro 1985 till 321,8 miljoner euro 2001. Allt detta bidrar till en betydande resultatförbättring.
- (50) Dessutom bör man beakta de värdeökningar som det överförda kapitalet bidragit till och som endast kan hänföras till FHH. Därvid rör det sig om en värdeökning på ca [...] % respektive [...] % som endast beror på överföringen av WK-andelar. Tyskland lämnade in närmare beräkningar som bygger på bruttoberäkningsmetoden. Det framgick att HLB:s värde ökat från 1985 till 1992 med [...] miljoner tyska mark eller årligen med knappt [...]miljoner tyska mark, vilket motsvarar [...] % avkastning på de överförda WK-andelarna. Mellan 1992 och 1995 ökade företagets värde med [...]miljoner tyska mark årligen, vilket i förhållande till de WK-andelar som överfördes före den 1 januari 1993 motsvarar en årlig avkastning på [...] %. Detta tyder återigen på att FHH:s avkastning, med hänsyn till alla faktorer, var lämplig.
- (51) Slutligen skulle FHH ha kunnat vänta sig lämplig avkastning redan vid tiden för de två investeringarna. I slutet av 1985 och slutet av 1992 var HLB ett lönsamt företag vars avkastning för eget kapital (före skatt), här angivet som ett exempel, uppgick till mer än 19 % år 1985 och mer än 8–9 % åren 1989–1990 och upp till mer än 12 % år 1992. Som en jämförelse överlämnade Tyskland uppgifter om avkastningen hos fem tyska privatbanker som visade att HLB under åren 1980–1992 inte alls eller endast under några få år uppvisat ett sämre resultat jämfört med de övriga fem institutionernas relevanta årliga genomsnitt på ca 1–6 % (före skatt) eller 1–4 % (efter skatt). Detta innebär att HLB "inte är sämre" än de andra privata bankerna.

(52) I övrigt ansåg Tyskland att överföringar på grund av bristande likviditet kan jämföras med apportegendom. Vid beräkning av avkastningen skulle det alltså komma an på skillnaden mellan apportegendom eller kontanter, som består av refinansieringskostnaderna för utlåning för utvidgning av affärsverksamheten eller som nackdel beroende på att det kontanta värdet av tillskottet inte direkt kan investeras. Enligt inlämnade beräkningar uppgår ränteskillnaden mellan ett kontant tillskott för den kapitaltillgång som tillskötts 1986 till ca 7,6 % vid utlåning och ca 6,8 % vid inkomstbringande, riskfri investering. För överföringen den 1 januari 1993 är skillnaden ca 8,3 % vid utlåning och 7,36 % vid riskfri investering. När det gäller bruttoavkastning innebär detta för ett hypotetiskt kontant tillskott och verkligen överförda, icke-likvida medel en skillnad på ca 6 % (1986) och 6,6 % (1993). Denna nackdel bör även tas i beaktande av en investerare i en marknadsekonomi då han överväger huruvida han får en rimlig ersättning.

V. BDB:S SYNPKTER

- (53) BdB anser att den ersättning som faktiskt betalats är otillräcklig. För de WK-andelar som tillfördes den 1 januari 1986 hade man inte ens om någon ersättning, medan man för de andelar som tillfördes 1993 ensast endast om ränta för det passiva delägandet. När det gäller det sammanlagda överförda kapitalet motsvarar det mindre än 3 % årligen, vilket på inget sätt kan anses vara marknadsmässigt. FHH:s anspråk på en lämplig ersättning bortfaller inte därför att FHH var HLB:s enda ägare. Avgörande var förväntningen på åtminstone en genomsnittlig avkastning som privata banker regelbundet förknippar med tillskott av eget kapital till dotterbolagen.
- (54) Det stämmer visserligen att den förväntade avkastningen inte anges i överenskommelsen om en fast ränta, då återflödet av avkastningen till moderbolaget kan ske både i form av utbetalningar av vinstutdelningen eller dotterbolagets ökade avkastning eller värde. Trots det motsvarade den marknadsmässigt förväntade avkastningen i överenskommelsen fastställandet av en fast ränta.
- (55) FHH borde alltså i egenskap av investerare i en marknadsekonomi ha väntat sig att HLB skulle ge en marknadsmässig avkastning. FHH kunde dock på inget sätt förvänta sig detta.
- (56) Enligt *Senatsmitteilung an die Bürgerschaft* av den 17 december 1985 förefaller det som om man redan vid överföringen den 1 januari 1986 förväntade sig en avkastning på 0,3–0,5 miljoner tyska mark som låg under genomsnittet (vilket enligt BdB motsvarar 0,1–0,2 %). Eftersom vinstutdelning skulle utbetalas först efter en verklig utvidgning av affärsverksamheten, hade FHH uppenbarligen inte fått någon ersättning under de första åren. Inte heller kan man ta hänsyn till de vinstutdelningar som verkligen utbetalades, då en privat investerare under rådande omständigheter skulle ha krävt en årlig, fast ersättning. Reserver och vinst som omvandlats till aktiekapital kan inte heller beaktas.
- (57) Man kan inte heller ha räknat med en realisering av en eventuell värdestegring, då andelarna i HLB inte var omsättningsbara. Dessutom hade andelarna inte varit föremål för en kontinuerlig värdebestämning. Överföringen 1997 av 49,5 % av andelarna till LSH undanröjer inte stödinslaget. Försäljningen ägde rum efter investeringen och hade därför ingen betydelse för ersättningsförväntningarna. Med tanke på den stödrättsliga bedömningen var det fråga om huruvida en transaktion ägt rum på normala ekonomiska villkor.
- (58) Följden av allt detta är att en privat investerare skulle ha gjort en investering under dessa omständigheter endast om det genererat intäkter eller kassaflöden antingen i form av fasta utdelningar eller alternativt i form av variabel kassaflöden som ersättning. Förmodligen skulle dock en privat investerare i ett sådant läge föredra fasta räntor. För detta talar även det faktum att FHH inte hade rätt till återbetalning av WK utan motprestation (kompensationsbetalningar till bokfört värde).
- (59) Vid beräkning av en marknadsmässig ersättning utgick BdB först från att de överförda medlen skulle ersättas som aktiekapital, eftersom de utgjorde tillsynsmässigt godkänt primärt kapital. BdB konstaterar att man vid beräkning av en lämplig avkastning för kapital som ställs till förfogande alltid utgår från en riskfri avkastningsdel och en riskpremie, dvs. att man utgår från principen "förväntad avkastning på en riskinvestering = riskfri avkastning + riskpremie för riskinvesteringen".
- (60) BdB beräknade minimiersättningen helt konkret med hjälp av den s.k. Capital Asset Pricing-modellen ("CAPM"), som fastställer den förväntade, enskilda riskpremien med hjälp av det s.k. betavärdet (den enskilda riskpremiens statistiskt beräknade avvikelser från den generella långfristiga marknadsriskpremien).
- (61) För att fastställa den riskfria avkastningen utgick 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⁽¹⁵⁾.
- (62) För att derivera riskpremien tar BdB först fram "marknadsriskpremien", alltså skillnaden mellan den långfristiga genomsnittliga avkastningen på en marknadsmässig aktie-

⁽¹⁵⁾ 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".

portfölj och riskfri avkastning (statsobligationer). I sina synpunkter av den 25 juni 2003 utgår BdB från antagandet om en enhetlig långfristig marknadsriskpremie på 4,6 %.

- (63) Enligt egen uppgift uppskattade BdB betavärdena på grundval av ett historiskt dataurval av jämförbara banker. BdB kom därefter till resultatet att samtliga betavärden för samtliga delstatsbanker och undersökta perioder är större än ett, vilket innebär att BdB räknade med att riskpremien för investeringar i delstatsbanker statistiskt sett är större än marknadsriskpremien.
- (64) På grundval av en riskfri basräntesats på 8,05 % (december 1985 för 1986 års överföring) och 5,90 % (december 1992 för 1993 års överföring) och en betafaktor för HLB på 1,1660 (första tidpunkten) samt 1,0836 (andra tidpunkten) kom BdB till en förväntad minimiersättning på 13,41 % för andelar som överförts per den 1 januari 1986 och till en förväntad minimiersättning på 10,88 % för andelar som överförts per den 1 januari 1993.
- (65) 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 fanns ingen anledning att avvika från den metoden i föreliggande fall, och därför måste 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).
- (66) Dessutom ansåg BdB att även HLB skulle göra det påslag (1,5 %) som kommissionen fastställde i beslut 2000/392/EG och som sådant bekräftats av förstainstansrätten. BdB ansåg att ett påslag är motiverat om de omständigheter i WestLB-beslutet som ökade riskerna jämfört med en normal investering i aktiekapital föreligger också i de övriga ärenden som avser delstatsbankerna, nämligen en exceptionellt stor volym på de överförda tillgångarna, utebliven aktieemission och den därmed sammanhängande avsaknaden av rösträtt samt investeringens bristande funktibilitet.
- (67) I stället för en på detta sätt beräknad marknadsmässig avkastning hade FHH inte enats om eller fått någon ersättning överhuvudtaget för överföringen 1986, och ersättningen för överföringen 1993 var för liten. För den sista överlåtelsen, som först 1997 godkändes som primärt kapital enligt banktillsynslagstiftningen, utbetalade HLB sedan 1993 årligen en vinstandel som bestod av en garanterad ersättning på 7 % och en variabel del (fast

räntesats på 0,5 % på utdelningen av de balanserade vinstmedlen). BdB kände inte till det verkliga beloppet. Ersättningen förefaller dock vara för liten med tanke på att medlen kan jämföras med aktiekapital. Dessutom betalades ersättningen till HGV, som visserligen är ett holdingbolag till FHH, men samtidigt en ekonomiskt självständig enhet, medan FHH inte mottog några medel direkt. För överföring av övriga andelar i kapitalreserven hade man inte enats om någon ersättning.

- (68) Preskriptionstiden i förhållande till överföringen av andelar före den 1 januari 1993 avbröts genom kommissionens begäran om upplysningar den 1 september 1999 och beslut av den 13 november 2002 om att inleda ett förfarande. När det gäller överföringen den 1 januari 1986 hänvisade BdB då den förkastade preskriptionstiden till rättsbegreppet bestående förhållande. Detta har även sin motsvarighet i rättspraxis inom klassisk konkurrensrätt. Här förelåg förutsättningen av ett sammanhang i händelseförloppet, då samtliga överföringar gjorts i samband med ett enhetligt koncept av kapitalförstärkning och affärsutvidgning och hade följt samma mönster. Överföringen den 1 januari 1993 kan inte heller betraktas separat på grund av de nya kapitaltäckningsbestämmelserna. Överföringarna 1986 och 1993 bör därför ses som en enhetlig kapitalåtgärd, och stödet beviljades i sin helhet först den 1 januari 1993.
- (69) Det var därför oväsentligt huruvida kommissionens begäran om upplysningar 1993 hade kunnat avbryta preskriptionstiden. BdB konstaterade dock att perioden till förmån för stödet till HLB hade kunnat avbrytas endast om denna skrivelse gällt just detta stöd. Då BdB inte känner till det exakta innehållet i skrivelsen, kan den inte heller fatta någon slutlig ståndpunkt i ärendet.

VI. TYSKLANDS REAKTION PÅ SYN-PUNKTERNA FRÅN BDB

- (70) Tyskland konstaterade först att BdB hade misstolkat förstainstansrättens dom av den mars 2003 i WestLB-målet (nedan "WestLB-domen"). BdB ansåg tydligen att det framgick av domen att värdestegringen på grund av kapitalöverföringen inte utgjorde en marknadsmässig avkastning. Domstolen yttrade sig dock inte på ett sätt som skulle ha varit relevant för detta fall. Domstolens uttalande, enligt vilket en privat investerare vanligtvis inte skulle nöja sig med en minimerad förlust eller begränsad avkastning även i sådana fall då han redan har del i ett portföljbolags aktiekapital, säger ingenting av betydelse för en stödrättslig bedömning av en ersättning som inte utgörs av fastställandet av fast ränta utan exempelvis av en höjning av bolagets värde.

- (71) BdB erkände tydligt detta då man tog upp frågan om privatbanker som tillför kapital till dotterbolag och konstaterade att den förväntade avkastningen inte uttrycktes i fastställandet av en fast ränta utan i utbetalningar av vinstutdelningen eller dotterbolagets ökade avkastning eller värde. I detta sammanhang bör det noteras att BdB inte kände till fakta om möjligheten – vilket BdB betvivlade – att realisera en värdeökning av HLB, då 49,5 % av andelarna, i motsats till vad BdB antog, inte var omsättningsbara, eftersom de såldes till LSH 1997.
- (72) Minimivkastningen på 13,41 % (överföringen 1986) och 10,88 % (totala överföringen 1993) som BdB beräknat enligt den s.k. CAPM-metoden var felaktig. För det första fanns det principiella betänkligheter mot användningen av CAPM och särskilda betänkligheter mot att BdB använde metoden. BdB hade bl.a. begränsat marknadsportföljen till CDAX som innehåller tyska aktier, uppskattat parametrarna endast på grundval av delvis gamla uppgifter utan att granska om den tidpunkt som var relevant för investeringen var giltig, härlett marknadsriskpremien från en studie som gällde enbart genomsnittlig avkastning på tyska aktier under tiden 1954–1988, och vid beräkningen av betafaktorn betraktat CDAX-bankerna som företag med samma affärs- och riskprofil. Därmed var nästan alla för CAPM nödvändiga faktorer felaktigt beräknade och den marknadsmissiga minimivkastningen för transaktionerna i fråga överskattade.
- (73) Dessutom vidhöll BdB att påslaget för transaktionens särskilda karaktär helt enkelt var en följd av tillämpningen av kriterierna i beslut 2000/329/EG, utan att dock utföra en kvantifiering, som den som kritiserades i WestLB-domen. Dessutom hade hela refinansieringssatsen dragits av på grund av bristande likviditet, då det inte alls var tillåtet att dra av den av BdB angivna skattelättnadseffekten som likviditetsavdrag från den rimliga avkastningen. Detta byggde på ett principiellt tankefel. Förväntad avkastning på investerarnivå hade ingenting att göra med skatteeffekter i balansräkningen på företagsnivå.
- (74) I linje med sin tolkning av lagen beräknade Tyskland en marknadsmissig ersättning som alternativ till BdB:s beräkningar. Tyskland behandlade endast transaktionen 1993, eftersom överföringen 1986 var preskriberad.
- (75) Tyskland ansåg att man först måste göra en analys av riskprofilerna för de båda apportegendomarna. Det passiva delägandet bör först jämföras med en liknande lång löptid (16 år). När det gäller kapitalreserven bör jämförelsen helst göras med det passiva delägandet utan tidsbegränsning med tanke på riskprofilen, t.ex. institutionellt ansvar och knappt befintligt ansvar vid insolvens, rösträttens betydelselöshet med tanke på att FHH är den enda ägaren, förlusttäckning, rangordningen för anspråk på utdelningar och löptid. I sitt svar på BdB:s synpunkter kombinerade Tyskland på grundval av detta de båda instrumenten vid beräkningen av ersättningen, men viktade andelarna i helhetspaketet beroende på om det rörde sig om tidsbegränsade eller icke tidsbegränsade tillskott. Genom att dra av refinansieringskostnaderna i sin helhet kom Tyskland fram till en lämplig ersättning på 1,48 % för hela överföringen.
- (76) I linje med sin rättstolkning beräknade Tyskland i sitt svar dock ersättningen för kapitalreserven alternativt även enligt CAPM-metoden. Utifrån en marknadsmissig riskpremie på 3 % och ett betavärde för HLB på 0,7861 ger detta en hypotetisk minimivkastning för kontanta tillskott för den ökade kapitalreserven på 9,74 %, men dessutom borde de totala refinansieringskostnaderna som orsakas av bristande likviditet dras av, så att den verkliga marknadsmissiga minimivkastningen skulle vara 2,6 %. För det passiva delägandet använde Tyskland, på grund av brist på handel med dessa instrument på sekundärmarknaden, inte CAPM utan gjorde jämförelser med liknande finansieringsinstrument. Därigenom kom man efter avdrag av de totala refinansieringskostnaderna fram till ett påslag på 1,29 % för passiva innehav som är jämförbara med HLB-tillskottet. Sammanlagt och viktat gav detta en total ersättning på 2,08 %.
- (77) Med hänvisning till preskriptionstiden, som enligt BdB inte gällde på grund av kopplingen mellan de båda transaktionerna, upprepade Tyskland sina tidigare invändningar och konstaterade än en gång att händelseförloppet 1986 rättsligt och faktiskt var skilt från överföringen 1993, vilket bekräftas av de handlingar som ursprungligen överlämnades och senare kompletterades. I övrigt ifrågasätts nu BdB:s argument om rättsbegreppet fortsatt handling även av brottmålsdomarna i den federala domstolen Bundesgerichtshof (BGH). Begreppet bestående förhållande i europeisk kartellrätt som uttryckligen regleras i en förordning om preskriptionstider i fråga om förfaranden och verkställande av påföljder kan inte överföras att gälla för regler om statligt stöd under andra omständigheter, särskilt som förordning (EG) nr 659/1999 inte känner till begreppet bestående förhållande.

VII. ÖVERENSKOMMELSEN MELLAN BDB, FHH OCH HSH NORDBANK

- (78) Den 8 oktober 2004 fick kommissionen kännedom om en överenskommelse mellan den klagande parten BdB, FHH samt HSH Nordbank, som bildades 2003 genom fusionen mellan LSH och HLB. Trots att parterna i överenskommelsen fortfarande principiellt har olika rättsuppfattningar har de enats om vilken principiell metod som skall användas för att beräkna en avkastning för en jämförbar

direkt, fast ersättning. Med hänsyn till överföringen 1993 av 38 % av WK-andelarna till kapitalreserven för ett värde av ca 959,4 miljoner tyska mark enades man om en lämplig ersättning. När det gäller den indirekta överföringen den 1 januari 1993 av 19,86 % av WK-andelar till ett passivt deläggande för 300 miljoner tyska mark kunde man visserligen enas om grundprincipen för en fast ersättningskala, men inte om den exakta beräkningsmetoden, särskilt avseende avdrag på grund av bristande likviditet (se punkterna 81–203). Parterna begär att kommissionen skall ta hänsyn till resultaten av överenskommelsen när den fattar sitt beslut. Överenskommelsen gäller inte överföringen 1986. Parterna förklarade att de inte kommer att motsätta sig kommissionens slutliga beslut i fråga om preskriptionstiden för överföringen.

(79) Parterna fastställde med hjälp av CAPM-modellen en marknadsmässig minimiersättning för överföringen till kapitalreserven (ca 959 miljoner tyska mark). På grundval av en riskfri räntesats på 7,23 %, en allmän marknadsriskpremie på 4 % och ett betavärde på 0,74 skall en rimlig minimiersättning för de andelar som överförts i kapitalreserven enligt denna överenskommelse vara 10,19 %. Eftersom FHH är den enda ägaren enades man inte om några andra påslag, t.ex. för mindre rösträtt. Slutligen fastställdes ett avdrag på 3,62 % på grund av bristande likviditet (på grundval av den riskfria räntesatsen som refinansieringskostnader brutto, varav ca 50 % bolagsskatt plus solidaritetspåslag för fastställande av refinansieringskostnaderna netto). Detta ger en rimlig ersättning på 6,57 %.

(80) För överföringen av ca 300 miljoner tyska mark till passivt deläggande beräknade HSH Nordbank och FHH med en ersättningsmarginal på 129 räntepunkter, eftersom refinansieringskostnaderna brutto måste avdras. BdB föredrog också en beräkning enligt CAPM, och med tillämpning av en lägre betafaktor (0,32) för denna särskilda transaktion, som skedde samtidigt, och ett likviditetsavdrag efter skatt på 3,62 % (refinansieringskostnaderna netto) kom man till en rimlig ersättning på 4,89 %.

VIII. BEDÖMNING AV ÅTGÄRDERNA

1. PRINCIPFRÅGAN OM PRESKRIPTION

(81) Tyskland ansåg att den tioåriga preskriptionstiden i förordning nr 659/1999 har löpt ut för överföringen den 1 januari 1986 av 24 % av kapitalandelarna som höjde HLB:s kapital med 212 160 miljoner tyska mark, då det rörde sig om statligt stöd. Kommissionens begäran om ytterligare upplysningar av den 12 januari 1993, den 10 november 1993 och den 13 december 1993, – dvs. begäran före den 1 januari 1996 – var av allmän natur och utgjorde därför inte åtgärder enligt artikel 15.2 i nämnda förordning, som skulle ha kunnat avbryta preskriptionstiden.

(82) Efter noggrann granskning av omständigheterna stödjer kommissionen denna syn och kommer inte att underställa överföringen den 1 januari 1986 någon ytterligare granskning av om det i detta fall rör sig om statligt stöd.

(83) Det bör noteras att artikel 15.1 i förordning (EG) nr 659/1999, som trädde i kraft den 16 april 1999, och som fastställer en tidsfrist för återbetalning av olagligt stöd, gäller för alla åtgärder för krav på återbetalning av stöd som antagits efter det att denna förordning trädde i kraft, även i de fall då stödet beviljats före förordningen trädde i kraft⁽¹⁶⁾. Början på den tioårsperiod inom vilken kommission kan återkräva olagligt stöd räknas från den dag då stödet beviljades, även om förordningen inte gällde vid denna tidpunkt⁽¹⁷⁾.

(84) Överföringen den 1 januari 1986 var en engångsbetalning, inte en återkommande statlig åtgärd. Den skiljer sig på så sätt från statliga regleringar som förutsätter återkommande åtgärder, t.ex. årliga bidrag eller skattelättnader. Överföringen 1986 har dessutom inte någon rättslig eller faktisk koppling till överföringen 1993. I tilläggsprotokollet av den 22 december 1992 som nämns i en skrivelse från december 1999 talar man inte heller, som det ursprungligen angavs, om en "enhetlig investeringsvilja" i samband med de båda överföringarna. Tilläggsprotokollet nämner visserligen överföringen 1993 och övertar för detta ändamål en särskilt reglering av överföringen 1986, och tillämpar det på överlåtelsen den 1 januari 1993 av ytterligare andelar, nämligen FHH:s rätt att kräva att WK-andelarna överförs.

(85) Överföringen av FHH den 1 januari 1986 bör fastställas som den tidpunkt då det olagliga stödet beviljades, om det rör sig om ett sådant. Till följd av den rättsliga giltiga överföringen av medel under ovan nämnda omständigheter fick HLB den eventuella ekonomiska fördel som här diskuteras. Medlen stod till HLB:s förfogande från och med den 1 januari 1986. De godkändes av BAKred för 1986. Därför löpte preskriptionstiden ut den 1 januari 1996.

(86) Preskriptionstiden skall enligt artikel 15.2 i förordning (EG) nr 659/1999 avbrytas av varje åtgärd avseende det olagliga stödet som vidtas av kommissionen eller av en medlemsstat som agerar på kommissionens begäran. I domen "Scott" bestämde förstainstansrätten att begäran om upplysningar från kommissionen, som gjorts innan förordningen trädde i kraft, om en klart angiven, eventuell stödåtgärd visserligen inte kan avbryta tioårsfristen, men att den kan få sådana följder om kommissionen efter det att förordningen trätt i kraft använder sig av sin rätt att kräva att stödet i fråga återbetalas⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Domen i mål T-369/00 ("Scott"), se fotnot 16.

⁽¹⁷⁾ Samma som föregående.

⁽¹⁸⁾ Samma som föregående, punkt 57.

(87) I detta fall uppfyller inte kommissionens begäran om upplysningar som gjorts före den 1 januari 1996 kraven på en åtgärd som avbryter preskriptionstiden, eftersom de inte är åtgärder *avseende det olagliga stödet*, så som det föreskrivs i artikel 15.2 i förordning (EG) nr 659/1999.

(88) Före begäran om upplysningar den 1 september 1999 frågade inte kommissionen i ett enda brev till Tyskland om överföringarna i Hamburg, och varken FHH eller HLB nämndes någonsin. De tre skrivelserna från 1993 gällde enbart överföringen av Wfa till WestLB. Utöver detta innehåller dessa skrivelser visserligen allmänna förfrågningar om eventuella andra överföringar till delstatsbanker i andra delstater. I begäran om upplysningar av den 10 november 1993 nämns, förutom frågor om WestLB, även delstaterna Berlin, Schleswig-Holstein och Niedersachsen. I två skrivelser 1994 och en skrivelse av den 3 januari 1995 hänvisade BdB visserligen till överföringarna av FHH till HLB. Kommissionen reagerade för första gången med skrivelsen av den 1 september 1999 och bad om upplysningar om händelseförloppet i Hamburg.

(89) Före slutet av den tioåriga fristen för krav på återbetalning den 1 januari 1996 fanns det inga belägg för att kommissionen undersökte överföringarna till HLB. Brevväxlingen om WestLB och allmänna förfrågningar om eventuella händelser i andra delstater kan inte ersätta begäran om upplysningar om ett konkret angivet, eventuellt stöd. I annat fall skulle allmänna meddelanden från kommissionen som sänds ut vart tionde år avbryta fristen, vilket skulle underminera syftet med preskriptionstider.

(90) Enligt kommissionen kan Tyskland och HLB under de särskilda förhållandena i samband med överföringen 1986 åberopa rättssäkerhet och skydd för berättigade förväntningar, även om överföringen inte anmälts enligt artikel 88 i EG-fördraget. Det bör hållas i minnet att lagstiftningen om och kontrollen av statligt stöd vid denna tidpunkt ännu inte i alla hänseenden var lika utvecklad som den varit sedan 1990-talet. Detta gäller särskilt för området kapitalöverföringar från offentliga företagsägare och t.ex. den marknads-ekonomiska investerarprincipen som först efter HLB:s första överföring utvecklades och undersöktes i praktiken. I detta hänseende kunde de tyska myndigheterna och HLB, som 1986 överförde andelar mellan två företag som den ägde till 100 %, vid denna tidpunkt inte utgå från att det var fråga om eventuellt statligt stöd och att det därför var nödvändigt att göra en anmälan.

(91) Därför anser kommissionen att tioårsfristen enligt artikel 15.1 i förordning (EG) nr 659/1999 löpt ut. Det eventuella stödet i samband med överföringen av 24 % av WK-andelarna till HLB den 1 januari 1986 bör betraktas som befintligt stöd i den mening som avses i artikel 15.3 i nämnda förordning. Kommentarna nedan hänvisar sig uteslutande till överföringarna den 1 januari 1993.

2. STATLIGT STÖD ENLIGT ARTIKEL 87.1 I EG-FÖRDRAGET

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

2.1. Statliga medel och gynnande av ett visst företag

(93) Som det konstaterades ovan överfördes den 1 januari 1993 knappt 58 % av de andelar som FHH ägde i WK direkt eller indirekt (passivt deläggande via HGV) till HLB. Därigenom rör det sig om statliga medel i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

(94) Den ekonomiska nyttan av en bredare kapitalbas är en större utlåningskapacitet och den möjlighet att expandera affärsvolymen som följer av detta. Om tillskott av eget kapital erbjuds ett företag på bättre villkor än de normala marknadsvillkoren är det fråga om att mottagaren gynnas i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget. För att undersöka denna fråga tillämpar kommissionen "den marknadsekonomiska investerarprincipen". Denna princip har EG-domstolen och förstainstansrätten godtagit och vidareutvecklat i flera rättsfall, särskilt i ett för detta ärende relevant sammanhang i förstainstansrättens dom av den 6 mars 2003 ⁽¹⁹⁾.

a) Principen om en privat investerare i en marknads-ekonomi

(95) Enligt den marknadsekonomiska investerarprincipen utgör det inget statligt stöd att tillhandahålla kapital på villkor "som en privat investerare, som verkar under normala marknadsvillkor, skulle godta för att tillföra medel till ett privat företag" ⁽²⁰⁾. En finansiell åtgärd anses vara oacceptabel för en investerare som agerar enligt den marknads-

⁽¹⁹⁾ Se fotnot 3.

⁽²⁰⁾ 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).

ekonomiska investeringsprincipen om, vilket skall undersökas, den förväntade eller avtalade avkastningen på de överförda medlen är mindre än de ersättningar som betalas för motsvarande investeringar på marknaden.

- (96) Därför är den marknadsekonomiska investeringsprincipen på samma sätt tillämplig på alla offentliga företag och detta oberoende av om de går med vinst eller förlust. Kommissionens ståndpunkt har bekräftats av förstainstansrätten i domen i WestLB-målet ⁽²¹⁾.
- (97) Kommissionen måste grunda sin bedömning av ett fall på de uppgifter som investeraren hade tillgång till då han fattade sitt beslut om den finansiella åtgärden i fråga. Den överföring som det här skall tas ställning till beslutades i slutet av 1992 av de behöriga offentliga myndigheterna, och den trädde i kraft den 1 januari 1993. Således skall kommissionen bedöma transaktionen på grundval av de uppgifter som stod till förfogande vid den tiden och de dåvarande ekonomiska och marknadsmässiga förhållandena. De uppgifter som i detta beslut gäller senare år används bara som belysande exempel.
- (98) Om en offentlig ägare beslutar att det är rimligt att ge banken ett kapitaltillskott för att den skall kunna uppfylla kraven på eget kapital, inställer sig frågan om de särskilda omständigheter under vilka kapitalet tillhandahålls skulle vara godtagbara enligt den marknadsekonomiska investeringsprincipen. Om det krävs ett kapitaltillskott för att uppfylla kapitaltäckningskraven kunde en privat investerare i en marknadsekonomi vara villig att göra så för att bevara värdet av redan gjorda investeringar. Han skulle dock yrka på en rimlig avkastning på det nya kapitaltillskottet med hänsyn till riskprofilen.
- (99) 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 om man enbart vill undvika förluster eller utnyttja de berörda medlen på ett bättre sätt än tidigare. I stället skall också en aktieägares 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.
- (100) Förstainstansrätten har inte ifrågasatt denna tolkning av den marknadsekonomiska investeringsprincipen, som kommissionen följde redan i sitt beslut 2000/392/EG ⁽²²⁾. 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 ⁽²³⁾.

- (101) Enligt den marknadsekonomiska investeringsprincipen 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 FHH:s tillgångar, särskilt med beaktande av den tänkta avkastningen på investeringen.

b) Artikel 295 i EG-fördraget

- (102) Enligt artikel 295 i EG-fördraget skall EG-fördraget inte ingripa i medlemsstaternas egendomsordning. Detta berättigar dock inte till att överträda fördragets konkurrensregler.
- (103) Tyskland gör 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 investeringsprincipen.
- (104) Det går inte att instämma i denna argumentation. Det kan stämma att överföringen av andelar till HLB 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) Ägarstruktur

- (105) Kärnfrågan i denna bedömning är om en privat investerare som är verksam på normala marknadsekonomiska villkor och som till sin storlek kan jämföras med de organ som förvaltar den offentliga sektorn, under liknande omständigheter skulle ha gjort lika stora kapitaltillskott, vilket förstainstansrätten anförde i WestLB-domen med hänvisning till tidigare rättspraxis ⁽²⁴⁾. Slutligen skall, så som domstolen påpekade med hänvisning till andra domar "jämförelsen mellan offentliga och privata investerares handlande göras med beaktande av det förhållningssätt som en privat investerare skulle ha intagit vid den aktuella transaktionen med hänsyn till tillgänglig information och den förutsebara utvecklingen vid denna tidpunkt" ⁽²⁵⁾. Därigenom har man förtydligat att det avgörande i granskningen är tidpunkten för investeringen och de

⁽²¹⁾ Se fotnot 3, punkt 206 ff.

⁽²²⁾ Se fotnot 2, punkt 161 ff.

⁽²³⁾ Se fotnot 3, punkt 241, 314.

⁽²⁴⁾ WestLB-domen, punkt 245.

⁽²⁵⁾ WestLB-domen, punkt 246.

rimliga förväntningar, dvs. förväntningar som bygger på tillgänglig information, som investeraren har vid denna tidpunkt. Dessa förväntningar hänförs sig främst till den sannolika avkastningen.

- (106) FHH var HLB:s enda ägare. Även om denna omständighet skulle göra det möjligt att inte enbart utgå från den fasta, överenskomna ersättningen – i detta fall [...] miljoner tyska mark [...], vilket motsvarar [högst 10 %] av passivt deläggande – kan man i detta fall inte hänvisa till att FHH är enda ägare för att motivera den låga ersättningen.
- (107) Hänvisningen till att FHH är ägaren skulle förutsätta att det finns en tillräckligt omfattande verksamhetsplan, en värdeberäkning eller en värdering av förväntad avkastning på investeringen i fråga.
- (108) Så var det dock inte i detta fall. Vid tidpunkten för investeringen fanns varken verksamhetsplan, värdeberäkning eller andra expertrapporter om förväntad avkastning på investeringen i fråga. Förutom den överenskomna, direkta ersättningen har kommissionen därför inga pålitliga och mätbara bevis på den avkastning FHH väntade sig.
- (109) Tyskland har konstaterat att både de reserver som HLB själv hade genererat och som regelbundet hade omvandlats till grundkapital och utbetalningarna av vinstutdelningen bör hänföras till aktieägaren FHH, då HLB:s vinster oundvikligen även härrör från de medel som överförts från FHH. Vidare bör man ta hänsyn till den värdestegring som följde av det tillförda kapitalet och som även realiserades genom försäljningen av andelarna till LSH 1997.
- (110) Enligt den marknadsekonomiska investerarprincipen, enligt vilken investeraren kan förvänta sig en rimlig avkastning eller har ett fast avtal om detta på grundval av de uppgifter som vid tillfället för investeringen står till hans förfogande, kan dock inte utbetalningar av vinstutdelning och värdestegringar som skett efter investeringen gälla. Detta innebär att i förväg beräknade utbetalningar av vinstutdelning och värdestegringar inte kan vara av avgörande betydelse. Frågan huruvida en värdestegring ger intäkter genom försäljning har inte heller någon betydelse. Dessutom utbetalas utdelningar på grundkapital inte på reserver, även om dessa bidrar till en vinstökning per andel.
- (111) Kommissionen anser därför att en rimlig avkastning bör fastställas på grundval av en direkt ersättning som en investerare i en marknadsekonomi skulle ha krävt.

d) Ersättning samt ersättningsposter för överföringen av 659,4 miljoner tyska mark till HLB:s kapitalreserv

Det kapital som skall läggas till grund för beräkning av ersättningen

- (112) Såsom framgår av WestLB-ärendet och såsom förstainstansrätten bekräftat, skall det sammanlagda värdet av de

överförda medlen ligga till grund för ersättningen. Ersättningen kan därför vara olika för de olika delarna av de överförda medlen. För att fastställa en rimlig ersättning bör man skilja mellan de olika delarna av kapitalreserverna, beroende på deras nytta för HLB.

- (113) Värdet på de överförda, i balansräkningen uppförda andelarna uppgick från och med den 1 januari 1993 konstant till 659,4 miljoner tyska mark. Trots det kunde beloppet innan det godkändes av BAKred inte fullt ut användas som eget kapital. Innan tillgångarna godkänkts som eget kapital den 1 januari 1997 tolererade BAKred bara att medlen utnyttjades om detta krävdes för att uppfylla de då gällande kapitaltäckningskraven. HLB utnyttjade således 1993–1996 delar av reserverna, dvs. 182,5 miljoner tyska mark (1993), 435,6 miljoner tyska mark (1994), 255,1 miljoner tyska mark (1995) och 451,1 miljoner tyska mark (1996). Från och med 1997 kunde, på grund av tillsynsrättsliga krav på att reserverna hela tiden skall täckas av eget kapital på [...]miljoner tyska mark, endast [...]miljoner tyska mark fram till maj 2003 utnyttjas fullt ut. Underlag för beräkning av en lämplig avkastning på garantikapital framgår av tabellen i punkt 183.
- (114) De delar av reserven som inte användes före 1997 (se tabellen i punkt 183) eller som inte kunde användas för att utvidga den konkurrensutsatta verksamheten men ändå utnyttjades av HLB, eftersom det egna kapitalet i balansräkningen ger bankens investerare en fingervisning om soliditeten och därmed påverkar på vilka villkor banken kan skaffa nytt kapital. Fordringsägare och kreditvärderingsinstitut tar dock hänsyn till bankens totala ekonomiska och finansiella ställning. Eftersom dessa årligen inte kunde användas för att utvidga affärsverksamheten, men ändå förbättrade bankens anseende i fordringsägarnas ögon, kan dess ekonomiska funktion åtminstone i detta avseende jämföras med en garanti.
- (115) En investerare i en marknadsekonomi skulle ha krävt en ersättning för de ekonomiska fördelarna av att få utnyttja dessa medel.

Rimlig ersättning för garantikapitalet

- (116) Finansiella placeringar av varierande ekonomisk kvalitet kräver varierande avkastning. Vid undersökningen av om en placering är godtagbar för en investerare som agerar på normala marknadsmässiga villkor, måste man därför utgå från den särskilda ekonomiska karaktären hos den ifrågasvarande kapitalåtgärden och värdet av det kapital som ställdes till HLB:s förfogande.

Investerings likhet med aktiekapital

- (117) Kommissionen anser att överföringen i kapitalreserven, som BAKred åtminstone från och med 1997 godkände som primärt kapital, med undantag för bristande likviditet, närmast liknar ett aktiekapitaltillskott.
- (118) Även klaganden delar denna åsikt. Tyskland ansåg att kapitalreserven var jämförbar med passivt delägande på grund av riskprofilen. I överenskommelsen utgick parterna vid beräkningen av en rimlig ersättning från att det rörde sig om en likhet med aktiekapital.
- (119) 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 kommissionens uppgifter var detta åren 1992 bara en banks grund- eller aktiekapital och reserverna samt de passiva innehaven som uppfyllde de särskilda kraven i § 10.4 i lagen om kreditväsendet.
- (120) Kommissionen fastslog redan i sitt beslut 2000/393/EG att en jämförelse mellan de WfA-tillgångar som likaså godkändes som primärt kapital, och hybrida kapitalinstrument, som bara godkändes som supplementärt kapital, t.ex. inlösta aktier och preferensaktier utan rösträtt, inte kan tjäna som underlag för att fastställa en rimlig ersättning för det överförda kapitalet⁽²⁶⁾. Därför är det primära kapitalet mer värdefullt för företaget, eftersom man med hjälp av dessa medel kan skaffa sig en supplementär kapitalbas (t.ex. vinstandelsbevis) i motsvarande omfattning och därmed utvidga sin kapitalbas. Förutsättningen för att medlen skall godkännas som primärt kapital är en förhöjd riskexponering för det tillgängliga kapitalet som i princip också får genomslag i en förhöjd marknadsanpassad ersättning för dessa instrument. Därför kan det på förhand uteslutas att medlen kan jämföras med s.k. supplementärt kapital, som endast i begränsad omfattning kan användas till att utvidga affärsverksamheten.
- (121) Kommissionen anser att den jämförelse med passiva innehav som Tyskland och HLB har gjort om passiva innehav inte är ägnad att tjäna som underlag för att fastställa en rimlig ersättning för den särskilda reserven. Överföringen av andelarna kan snarare jämföras med en investering i aktiekapital i HLB.
- (122) Det är därför en viktig aspekt för kommissionen i detta sammanhang att tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande uttryckligen inte överfördes i form av passiva innehav utan genom upprättande av en reserv. Dessutom

⁽²⁶⁾ Se fotnot 2, punkt 199.

stämmer det faktiskt att kapitalreserven har vissa kännetecken som normalt sett snarare förekommer vid passiva innehav. Kommissionen anser likväl att även risken för att det överförda kapitalet åtminstone delvis användes som täckning vid insolvens eller likvidation totalt sett inte var mindre än vid en investering i aktiekapital.

- (123) Mot bakgrund av ovannämnda omständigheter, särskilt en analys av den risk en investerare har åtagit sig genom den transaktion som granskas i detta ärende, drar kommissionen slutsatsen att det är ersättningen för överföringen till HLB:s kapitalreserv som är utgångspunkten för att fastställa en lämplig ersättning för de bundna tillgångarna.

Likviditetsnackdelar

- (124) Tyskland anser att överföringen av WK-andelar på grund av bristande likviditet och de refinansieringskostnader detta gav upphov till närmast kan jämföras med tillskott av kapitaltillgångar. Såsom Tyskland konstaterade i sin ursprungliga skrivelse innebar detta vad bruttoavkastningen beträffar en skillnad på 6,6 % jämfört med ett kontant tillskott. Denna nackdel bör även tas i beaktande av en investerare i en marknadsekonomi då han överväger huruvida han får en rimlig ersättning.
- (125) Kommissionen anser vidare att hänsyn bör tas till den bristande likviditeten. Ett "normalt" kapitaltillskott ger en bank såväl likviditet som den kapitalbas 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 (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⁽²⁷⁾.
- (126) Eftersom HLB:s kapital först inte ökade HLB:s likviditet, hade banken ytterligare finansieringskostnader motsvarande kapitalbeloppet för att fullständigt kunna utnyttja de affärsmöjligheter som det supplementära kapitalet gav, dvs. för att utvidga de riskjusterade tillgångarna med 12,5 gånger kapitalbeloppet (eller behålla samma nivå)⁽²⁸⁾. 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 marknadsekonomi kan inte förvänta sig att få samma ersättning som vid tillskjutande av kontant kapital.

⁽²⁷⁾ I själva verket är situationen naturligtvis mycket mer komplicerad, exempelvis på grund av poster utanför balansräkningen, olika riskvikter för tillgångar och riskfria poster. Detta berör dock inte kärnan i detta resonemang.

⁽²⁸⁾ 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).

- (127) Kommissionen anser att grundräntan inte bör beräknas på hela refinansieringen. Refinansieringskostnader utgör 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 HLB till följd av det överförda kapitalets särskilda egenskaper. Sammanfattningsvis medger kommissionen således att HLB får extra "likviditetskostnader" motsvarande "refinansieringskostnaderna minus bolagsskatt".
- (128) I överenskommelsen utgår parterna vid sina beräkningar även från refinansieringskostnaderna netto. Därvid har de fastställt en långfristig riskfri räntesats på 7,23 % för de totala refinansieringskostnaderna ⁽²⁹⁾. Dessutom hade parterna enats om att utgå från en fast skattesats på 50 % ⁽³⁰⁾.

Fastställande av en förväntad minimisättning för en investering i aktiekapital i HLB

- (129) 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 som omfattas av investeringen, företagsledningens strategi och kvalitet eller de relativa framtidsutsikterna för den berörda branschen.
- (130) En marknadsmässigt handlande investerare investerar bara om det ger högre avkastning eller lägre risk jämfört med det näst bästa alternativa sättet att använda kapitalet. 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.
- (131) 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 lämpligt att göra åtskillnad mellan två komponenter, en riskfri avkastning och en projektspecifik riskpremie: Rimlig minimiavkastning på en riskinvestering = riskfri grundräntesats + riskpremie för investeringen. Den rimliga minimiavkastningen på en riskinvestering kan därför beskrivas som summan av den

riskfria avkastningssatsen och den extra riskpremien för övertagandet av risken vid investeringen i fråga.

- (132) 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: Förväntad avkastning = riskfri räntesats + (marknadsriskpremie x beta). Betafaktorn används till att kvantifiera ett företags risk i förhållande till den sammanlagda risken för samtliga företag. Riskpremien för den särskilda investeringen räknas ut genom att man multiplicerar den marknadsmässiga riskpremien med en betafaktor.

- (133) CAPM är den förhärskande metoden för att beräkna avkastningen på investeringar för stora, börsnoterade företag. Eftersom HLB 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. Tyskland förhåller sig, som redan framgått, därför kritiskt till att CAPM bland annat används till en överföring till en delstatsbank.0)

- (134) Parterna baserade sina beräkningar på CAPM-modellen. De utgick i detta sammanhang från en riskfri basräntesats på 7,23 %. Denna räntesats fastställdes under antagande om att HLB:s bundna tillgångar varaktigt skulle ställas till förfogande. Parterna avstod därför från att använda en

⁽²⁹⁾ Den riskfria basräntesatsen beräknades med hjälp av Deutsche Börse AG:s REX10 Performance-index, som är en allmänt erkänd källa.

⁽³⁰⁾ Enligt handlingar som den tyska regeringen lagt fram uppgick bolagsskatten 1992 till 46 %, till vilket kom solidaritetspåslaget på 3,75 % (dvs. totalt 49,75 %). Den totala skattesatsen sjönk 1993 till 46 % och uppgick mellan 1994 och 2000 till 49,5 %. Från och med 2001 uppgick den totala skattesatsen till 30 %.

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 reinvesteringensrisken, 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 1970–1992, och kom på detta sätt fram till de riskfria basräntesatserna på 7,23 %.

(135) Eftersom HLB:s insättning faktiskt stod till förfogande under längre tid verkar denna metod lämplig i det föreliggande ärendet. Också REX10 Performance-indexet är en allmänt använd källa. Den beräknade riskfria basräntesatsen verkar därför lämplig.

(136) Uppskattningen av betafaktorn till 0,74 byggde på ett utlåtande från KPMG om så kallade justerade betafaktorer för alla börsnoterade kreditinstitut i Tyskland, som kommissionen fått en kopia av. Enligt denna expertrapport och med hänsyn till HLB:s affärsverksamhet tycks denna betafaktor vara lämplig.

(137) Enligt kommissionens uppfattning verkar marknadsriskpremie på 4,0 % också berättigad. Redan i det förfarande som ledde till beslut 2000/392/EG användes flera gånger den så kallade allmänna långfristiga marknadsmässiga riskpremie, dvs. skillnaden mellan den långfristiga genomsnittliga avkastningen på en vanlig aktieportfölj och avkastningen på statsobligationer. I de motsvarande expertrapporterna som lades fram i ärendet fastställdes intervallet till cirka 3–5 % alltefter metod, undersökt period och dataunderlag. 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.

(138) Kommissionen ser inget stöd för att den minimiränta för ett hypotetiskt aktiekapitaltillskott som parterna räknat fram

inte skulle klara ett marknadstest. Kommissionen fastställer således ett värde på 10,19 % per år (efter bolagsskatt men före investerarskatt) som rimlig minimiersättning.

Avskaffande av avkastningspåslag på grund av 100-procentigt ägande

(139) Det bör granskas om det finns skäl att justera minimiersättningen. Enligt tillvägagångssätt i andra förfaranden angående delstatsbankerna kan följande tre särdrag motivera ett sådant påslag som transaktionens särskilda kännetecken: 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.

(140) Liksom i andra förfaranden anser kommissionen att det inte är motiverat med något påslag när det gäller de två sistnämnda aspekterna. Påslaget är inte heller motiverat eftersom några nya aktier inte emitterades eller någon ytterligare rösträtt inte utfärdades, då FHH redan innehade 100 % av röstandelen.

Ingen nedsättning av avgiften på grund av avtalet om en fast ersättning

(141) När det gäller aktier beror ersättningen direkt på företagets resultat och den tar sig huvudsakligen uttryck i form av utdelningar och en andel i företagets värdestegring (t.ex. uttryckt i högre aktiekurser). FHH fick en schablonersättning vars storlek skulle inbegripa båda dessa aspekter på ersättningen för ett normalt kapitaltillskott. Man kan hävda att den fasta ersättning som FHH får i stället för en ersättning som skulle ha varit direkt knuten till HLB:s resultat innebär en fördel som motiverar en minskning av ersättningens storlek. Huruvida en sådan fast ersättning faktiskt är fördelaktigare än en variabel, vinstrelaterad ersättning, beror på företagets resultat i framtiden. Om resultaten blir sämre är den fasta satsen till fördel för investeraren, men om de förbättras är den en nackdel. Den faktiska utvecklingen kan dock inte i efterhand användas för att bedöma beslutet om att göra investeringen i fråga. På grundval av ovanstående resonemang anser kommissionen att avgiftssatsen inte skall minskas på grund av detta.

Sammanlagd ersättning

(142) Av ovanstående skäl, och i överensstämmelse med den klagande BdB, FHH och HLB, anser kommissionen att en rimlig ersättning för de belopp som överförts i kapitalreserven och användes som garantiunderlag till 1997 eller som därefter kunde användas som garantiunderlag skulle uppgå till 6,57 % (efter företagsskatt), nämligen 10,19 % i form av normal avkastning på investeringen minus 3,62 procentenheter på grund av de finansieringskostnader som uppstått för HLB på grund av de överförda tillgångarnas bristande likviditet.

Rimlig ersättning för den del av kapitalreserven som inte användes eller inte kunde användas

- (143) Såsom redan förklarats var även andelen eget kapital som inte användes före 1997 eller som därefter inte kunde användas av ekonomisk betydelse för HLB och dess 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. Överenskommelsen mellan BdB, FHH och HSH Nordbank tiger i denna fråga.
- (144) Tyskland ansåg att satsen på 0,3 % per år före skatt i beslut 2000/392/EG⁽³¹⁾ var rimlig. De argument som i det nämnda beslutet fick ligga till grund för en höjning av den sats som var utgångspunkten är dock ohållbara. I beslutet höjdes den nämnda satsen på 0,3 % per år (före skatt) 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.
- (145) Eftersom WestLB och HLB 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 HLB också skulle ha varit tvungen att betala på marknaden i mitten av 1990-talet för att ta över en bankgaranti till sin egen fördel. Kommissionen konstaterar dessutom att kapitalbeloppet i fråga är betydligt lägre i fallet HLB än i fallet WestLB och att det andra argumentet som nämndes i WestLB-beslutet inte håller. Garantifunktionen var faktiskt inte heller i fallet HLB tidsbegränsad eller förknippad med en viss transaktion. Å andra sidan var det de facto fråga om en tidsbegränsning, eftersom det faktum att BAKred godkänt beloppet som primärt kapital innebar att hela beloppet kunde användas till att utvidga affärsverksamheten. Därmed skulle det inte längre betalas någon särskild garantiprovision (Avalprovision). Ersättningen för garantifunktionen ingick i ersättningen för den affärsverksamhetsutvidgande funktionen. Garantifunktionen som sådan var därför begränsad från första början, vilket skiljer HLB-ärendet från WestLB-ärendet.
- (146) Kommissionen anser därför till skillnad från sin bedömning i fallet WestLB att det inte är berättigat med ett påslag i fallet HLB, och lägger därför en sats på 0,3 % per år (före skatt) till grund som en rimlig ersättning för den garantifunktion kapitalet hade från och med den tidpunkt då kapitalet fördes upp i balansräkningen den 1 januari 1993 och fram till dess att den godkändes av BAKred. En sifferkontroll efter skatt ger därmed en sats på 0,15 % per år, om utgångspunkten är en bolagsskattesats på cirka 50 % vid den dåvarande tidpunkten. Satsen på 0,15 % per år efter skatt användes också av parterna som underlag för beräkning av stödinlaget i en tabell som bifogats avtalet.

- (147) Garantipremien utgör en driftsutgift för HLB och minskar därför den beskattningsbara vinsten. Den ersättning som skall betalas till FHH betalas ur vinsten efter skatt. Därför skall satsen 0,3 % anpassas till skattesatsen. Även vad gäller refinansieringskostnader utgår kommissionen från en sammanlagd schablonskattesats på 50 %. Därför fastställer kommissionen en sats på 0,15 % årligen efter skatt.

e) **Ersättning för passivt deläggande**

- (148) För passivt deläggande betalades alltid en ersättning på [...] miljoner tyska mark, vilket motsvarar [högst 10 %] av beloppet på 300 miljoner tyska mark årligen. Enligt kommissionen är det i bedömningen inte fråga om att ersättningen betalades till HGV, då denna var ett holdingbolag som helt ägs av FHH och då den indirekta metoden valdes endast av skatteskal. Om en investerare väljer ett holdingbolag för att ta emot ersättningen eller bokför den direkt kan inte ha någon betydelse för granskningen av om statligt stöd förekommer i detta fall.
- (149) Det passiva delägandet hade en löptid på 16 år, dvs. det kunde inte upplösas tidigare. Det bör därför, trots den långa löptiden, betraktas som tidsbegränsat passivt innehav.
- (150) Tyskland hävdar att en ersättning på 1,29 % är rimlig med tanke på jämförelsen med liknande instrument och på grund av bristande likviditet för det passiva delägandet. BdB ansåg att även om ett avdrag bör göras, jämfört med kapitalreserven, finns det i princip en likhet med aktiekapital, och därför bör man, som det redan tidigare konstaterades, utgå från en högre ersättning.

Kapitalbas

- (151) Värdet på det passiva delägandet uppgick från och med den 1 januari 1993 konstant till 300 miljoner tyska mark. Trots det kunde, som det redan konstaterades ovan, beloppet inte användas som garantikapital innan det godkändes av BAKred. Från och med den 1 januari 1997 kunde beloppet på 300 miljoner tyska mark utnyttjas fullt ut fram till och med maj 2003. Underlag för beräkning av en lämplig avkastning på garantikapital framgår av tabellen i punkt 183.
- (152) Det passiva innehavet användes inte eller kunde inte användas före 1997 för att utvidga den konkurrensutsatta verksamheten, men den var ändå till nytta för HLB, eftersom det egna kapitalet i balansräkningen ger bankens investerare en fingervisning om soliditeten och därmed påverkar på vilka villkor banken kan skaffa nytt kapital. Fordringsägare och kreditvärderingsinstitut tar dock hänsyn till bankens totala ekonomiska och finansiella ställning. Eftersom detta belopp inte kan användas årligen för att utvidga affärsverksamheten, men ändå förbättrar bankens anseende i fordringsägarnas ögon, kan dess ekonomiska funktion åtminstone i detta avseende jämföras med en garanti.

⁽³¹⁾ Se fotnot 2, punkt 221.

(153) En investerare i en marknadsekonomi skulle ha krävt en ersättning för de ekonomiska fördelarna av att få utnyttja dessa medel. Storleken på denna ersättning är säkerligen, på samma sätt som för kapitalreserven, mindre än ersättningen för den del av det egna kapitalet som HLB använde för den konkurrensutsatta verksamheten.

Rättslig och ekonomisk definition av det tillhandahållna kapitalet

(154) Såsom i beslut 200/392/EG fastställer kommissionen den rimliga ersättningen för de överförda tillgångarna avsedda att främja bostadsbyggande utifrån den affärsmässiga nyttan för HLB. Som tidigare förklarar är anknytningspunkten för marknadsmässig ersättning i detta fall den ersättning som skulle krävas av en investerare i en marknadsekonomi som förser en bank med denna typ av eget kapital.

(155) BdB anser att det här rör sig om en aktieliknande investering. Mot jämförelsen med aktiekapital talar dock uppsägningsmöjligheten, må vara att detta kan ske först efter en lång tid. Trots det har passiva innehav ofta samma garantivärde som aktiekapital. Slutligen minskar uppsägningsmöjligheten riskerna, vilket innebär att det passiva innehavet bör ersättas med ett lägre avdrag än aktiekapital. Tyskland bestrider däremot all likhet med aktiekapital. Kapitalet är snarare ett passivt deläggande, vilket inverkar på ersättningens omfattning.

(156) Tyskland, BdB och kommissionen är eniga om att det passiva delägandet utgör primärt kapital. Det passiva delägandet godkändes, åtminstone från och med 1997, som primärt kapital (Tier-1-kapital) av BAKred och kan därför också bara jämföras med denna form av instrument för eget kapital, som godkändes som primärt kapital i Tyskland det år då överföringen gjordes.

(157) Sätillvida håller kommissionen med parterna. Kommissionen fastslog redan i sitt beslut 2000/393/EG att en jämförelse mellan de WfA-tillgångar som likaså godkändes som primärt kapital, och kapitalinstrument, som bara användes som supplementärt kapital, t.ex. inlösta aktier och preferensaktier utan rösträtt, inte kan tjäna som underlag för att fastställa en rimlig ersättning för det överförda kapitalet⁽³²⁾. Därför är det primära kapitalet mer värdefullt för företaget, eftersom man med hjälp av dessa medel kan skaffa sig en supplementär kapitalbas (t.ex. vinstandelsbevis) i motsvarande omfattning och därmed utvidga sin kapitalbas. Förutsättningen för att medlen skall godkännas som primärt kapital är en förhöjd riskexponering för det tillgängliga kapitalet som i princip också får genomslag i en förhöjd marknadsanpassad ersättning för dessa instrument. Möjligheten till jämförelse med s.k. supplementära medel, vilka endast i begränsad omfattning kan användas till att

bygga ut verksamheten, kan därför uteslutas redan från början.

(158) Kommissionen anser att de passiva innehaven mot bakgrund av riskanalysen snarast är av typen "normalt" passivt innehav, inte aktiekapital. Kommissionen stödjer i detta sammanhang Tysklands resonemang. Såväl det passiva innehavet i fråga som övrigt tidsbegränsat, passivt innehav som tagits upp på marknaden i fall av insolvens återbetalas före aktiekapitalet. Detta skulle leda till att det belopp som utbetalas i konkursen tillfaller investeraren, medan denne inte skulle få något i samband med en aktiekapitalinvestering. Så länge företaget inte går med förlust får FHH hela den avtalade ersättningen, medan den som investerar i aktiekapital endast kan göra anspråk på utbetalning av en vinstavkastning, dvs. en betydligt mindre utbetalning.

Fastställande av en rimlig ersättning för det tidsbegränsade passiva innehavet i HLB

(159) Såsom redan anförts betraktar kommissionen kapitalåtgärderna i fråga som passivt deläggande. Vid undersökningen av huruvida den specifika avtalade ersättningen var rimlig i förhållande till marknaden, är det därför viktigt att avgöra om ersättningen i fråga kan anses vara jämförbar med ersättningsnivåer som avtalats på marknaden när det gäller ekonomiskt och juridiskt jämförbara transaktioner som inbegriper passivt deläggande. Ersättningen för det passiva delägandet i fråga skall, om man utgår från den metod som tillämpas av FHH och HLB, beräknas på grundval av tidsbegränsade, men i övrigt jämförbara passiva innehav.

(160) Tyskland hävdar att delstatsbankerna på 90-talet i allt högre grad använde passiva innehav till att stärka den egna kapitalbasen. Det passiva innehav som följde av överföringen av WK-andelar till HLB torde således ha varit en av de första transaktionerna av denna typ av nämnvärd volym inom den tyska banksektorn.

(161) Som det framgick av en riskprofilanalys av olika egenkapitalinstrument uppvisade passivt innehav, med jämförbar andel ansvar, eftersom det utformats som tidsbegränsat innehav med fasta ersättningar, stor likhet med vinstandelsbevis. För den mottagande banken skulle detta medföra skattemässiga fördelar, då räntebetalningarna inte är en vinstdisposition, utan vanligen, som även i detta fall, en (skattesänkande) driftsutgift.

(162) HLB:s bidrag i form av passivt deläggande den 1 januari 1993 var bankens första och under närmare fem år enda transaktion av denna typ, och HLB visste ingenting om de andra delstatsbankernas samtidiga referenstransaktioner. Därför var det inte möjligt att direkt fastställa den rimliga riskpremien för det passiva delägandet på grundval av andra överenskomna passiva deläganden. Däremot tillät

⁽³²⁾ Se fotnot 2, punkt 199.

tillgängliga uppgifter om tidsbegränsade och icke-tidsbegränsade passiva innehav som man kommit överens om med tredje parter 1997 och 1998 en indirekt beräkning i de fall där det kunde beräknas hur den rimliga riskpremie för HLB-instrument som liknar instrument för eget kapital ändrades mellan slutet av 1992 och slutet av 1997. Ändringar i riskpremien för långfristiga HLB-vinstandelsbevis kan tjäna som riktmärke. Som det framgick av en inlämnad översikt ökade den riskpremie för HLB-vinstandelsbevis som investerarna krävde totalt under denna period märkbart⁽³³⁾. Om man alltså överför marknadsförhållandena vid slutet av 1997 till den 31 december 1992, är den rimliga riskpremien vid slutet av 1992 åtminstone inte underskattad⁽³⁴⁾. På motsvarande sätt kan man fastställa den rimliga riskpremien för passivt innehav vid slutet av 1992 för löptiden i med följande formel: $Riskpremie_{passivt\ innehav, i, 1992} = Swappspread_{tyska\ statsobligationer, i, 1992} + Swappspread_{passiv\ innehav, i, 1997}$

- (163) Marknadsdata som samlats in i december 1997 och februari 1998 och räntesatserna på de överenskomna passiva innehaven skulle ge ett påslag för sådana passiva innehav på 16 år på ca 1,25 % mer än för swappar. Överfört på marknadsdata per den 31 december 1992 (swappspread för tyska statsobligationer på 0,04 %) skulle det således ge en rimlig riskpremie för 16-årigt passivt innehav på 0,04 % + 1,25 % = 1,29 %.
- (164) Alternativt kunde man också beräkna den rimliga riskpremien på grundval av villkoren för andra finansinstrument med liknande riskprofil, vilket är normal praxis. Tidsbegränsade passiva innehav kan rangordnas med hänsyn till riskprofilen mellan vinstandelsbevis och passiva innehav utan tidsbegränsning. Detta innebär i princip att riskpremien måste ligga över vinstandelsbeviset men under passiva innehav utan tidsbegränsning. Medan referensvärdet för passiva innehav utan tidsbegränsning var tillgängliga först i oktober 1999, hade man tillgång till marknadsdata för vinstandelsbevis redan från början av 90-talet, då dessa instrument redan har emitterats och handlats på börsen under en längre tid. Dessutom angav Lehman Brothers i sin expertrapport för WestLB riskpremier för tyska bankers vinstandelsbevis fram till mitten av december 1991⁽³⁵⁾.
- (165) För att kunna dra slutsatser av vikt för den rimliga riskpremien för tidsbegränsade passiva innehav i HLB på grundval av HLB:s villkor för vinstandelsbevis i slutet av 1992 behövs en jämförande uppskattning av det rimliga avkastningspåslaget mellan de båda instrumenten. Även här kan man på grund av otillräckliga uppgifter endast utgå

från marknadsförhållandena i slutet av 1997/början av 1998, och anta att investerarnas riskbedömning av HLB som framgår av detta är adekvat för 1992. Den rimliga riskpremien för passivt innehav i slutet av 1992 kan då fastställas med följande formel: $Riskpremie_{passivt\ innehav, i, 1992} = Riskpremie_{vinstandelsbevis, i, 1992} + Spread_{passivt\ innehav/vinstandelsbevis, i, 1997}$.

- (166) Marknadsdata som insamlats i december 1997 och februari 1998 skulle ge ett påslag för tidsbegränsade passiva innehav på 16 år i slutet av 1997 på ca 0,35–0,40 % över 10-åriga HLB-vinstandelsbevis. Överfört på marknadsdata av den 31 december 1992 (riskpremie 8-årigt HLB-vinstandelsbevis 0,91 %) skulle det således ge en rimlig riskpremie för 16-åriga passiva innehav på 1,26–1,31 %. Om man tillämpar den riskpremie på 0,90 % för tioåriga vinstandelsbevis som användes i Lehman Brothers-rapporten för slutet av 1991, kommer man fram till nästan samma värden⁽³⁶⁾.
- (167) Enligt båda metoderna ger de uppgifter som Tyskland lämnat in en marginal på ca 1,26–1,31 %. De uppgifter som ligger till grund för emissioner av vinstandelsbevis och överförda reserver skickades till kommissionen. Kommissionen har även tillgång till översikterna över de riskfria räntesatser på tyska obligationer som tillämpades under åren i fråga och de tyska swappspreads som gällde för de passiva innehaven samt andra relevanta spreads. Kommissionen drar därför slutsatsen att den marginal på 1,29 % som Tyskland meddelat verkar berättigad.
- (168) För att kunna bedöma om det passiva delägandet i fråga uppfyller marknadsekonomiska villkor enligt stödreglerna krävs enligt kommissionens mening ingen marknadsundersökning. Det räcker om kommissionen på grundval av trender kan försäkra sig om att den avtalade ersättningen är marknadsmässig.

Likviditetsackdelar

- (169) Tysklands och BdB:s argument som överensstämmer i detta avseende kan stödjas såtillvida att ett "normalt" kapitaltillskott till en bank tillför både likvida medel och en kapitalbas, som tillsynsrättsligt krävs för att utvidga affärsverksamheten. Som det redan konstaterades måste en bank, för att till fullo utnyttja kapitalet, dvs. för att utvidga de till 100 % riskjusterade tillgångarna med en faktor på 12,5 (100 delat med kapitaltäckningsgraden på 8 %), refinansiera sig 11,5 gånger på finansmarknaderna. Förenklat uttryckt motsvarar differensen mellan 12,5

⁽³³⁾ Avgörande här är i varje fall inte påslaget på avkastningen för tyska statsobligationer, utan på swappar, eftersom swappspreaden på tyska statsobligationer i hög grad är beroende av utbud och efterfrågan på swappmarknaden, inte av överläggningar om kreditvärdighet.

⁽³⁴⁾ Med hänsyn till upprepade fall av turbulens på finansmarknaderna – bl.a. krisen på tillväxtmarknaden i mitten av 1997 – och följden av kommissionens stödförande mot WEST LB, torde den riskpremie som en investerare skulle ha krävt för tidsbegränsade passiva innehav i HLB i slutet av 1992 i verkligheten ha varit betydligt lägre än vad som framgår på grundval av marknadsförhållandena i slutet av 1997.

⁽³⁵⁾ Jfr Lehman Brothers, Analyse der Kapitalzuführung aus der Einbringung der Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen, 8.7.1997, s. 4 och bilaga II, s. 27. I rapporten anges dock främst de stora, tyska privata affärsbankernas (Deutsche Bank, Dresdner Bank osv.) emissioner, som vid denna tidpunkt hade en större affärsrisk än HLB.

⁽³⁶⁾ Jfr Lehman Brothers, Analyse der Kapitalzuführung aus der Einbringung der Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen, 8.7.1997, s. 4.

gångar inkasserade och 11,5 gånger erlagda räntor på detta kapital – med avdrag för bankens övriga kostnader (t.ex. förvaltningskostnader) – vinsten på det egna kapitalet⁽³⁷⁾. Det ifrågavarande passiva delägandet i HLB ger för det första ingen likviditet. Därför hade HLB ytterligare finansieringskostnader som motsvarar kapitalbeloppet när banken tog upp erforderliga medel på finansmarknaderna för att till fullo utnyttja de affärsmöjligheter som då öppnade sig. På grund av dessa extra kostnader måste man göra ett motsvarande avdrag för att fastställa en rimlig ersättning. En privat investerare i en marknadsekonomi kan inte förvänta sig att få samma ersättning som vid tillskjutande av kontant kapital.

(170) Till skillnad från BdB anser kommissionen dock att finansieringsräntorna brutto är avdragsgilla. Refinansieringskostnader är driftskostnader och minskar därför den beskattningsbara inkomsten. Samma sak gäller emellertid även ersättningen för ett tillskott som passivt deläggande, vilket från första början gjorts i likvid form. I jämförelse med detta, som enligt ovanstående ligger till grund för marknadstestet, uppstår ingen ytterligare skattefördel. Bankens nettoresultat sjunker alltså i båda fallen med ett belopp som motsvarar de räntor som betalats för likviditeten. Därmed är de totala refinansieringskostnaderna avdragsgilla.

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

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

Rimlig ersättning för den del av kapitalreserven som inte användes

(173) Som det redan konstaterades, godkändes kapitalreserven 1993–1996 inte som primärt kapital enligt banktillsynslagstiftningen.

(174) I beslut 2000/392/EG utgick kommissionen från en bassats på 0,3 % före skatt för det belopp som förts upp i balansräkningen, men som inte kunde användas i den konkurrensutsatta verksamheten. Ett påslag gjordes på

⁽³⁷⁾ I själva verket är situationen naturligtvis mycket mer komplicerad, exempelvis på grund av poster utanför balansräkningen, olika riskvikter för tillgångar och riskfria poster. Detta berör dock inte kärnan i detta resonemang.

ytterligare 3,0 % på grund av storleken på beloppet i fråga och avsaknaden av tidsbegränsning (se punkt 144).

(175) Dessutom anser kommissionen, till skillnad från sin bedömning i WestLB-ärendet, att det inte är berättigat med ett påslag i fallet HLB för att beloppet är betydligt mindre. Då det rör sig om fall som i övrigt är lika, kan man även här tillämpa en sats på 0,3 % per år (före skatt) som rimlig ersättning för kapitalets garantifunktion för den garantifunktion kapitalet hade från och med den tidpunkt då kapitalet fördes upp i balansräkningen den 1 januari 1993 fram till dess att det godkändes av BAKred (se även punkt 145). Skatteavdrag kunde göras för ersättningen för hela det passiva delägandet som driftsutgift, vilket gör att den även på denna punkt skiljer sig från den skatterättsliga behandlingen av ersättningen i beslut 2000/392/EG. Därför skall detta påslag uppfattas som den sats som gäller före skatt, vilken till fullo kan anföras som en driftsutgift.

(176) Av detta följer att det passiva innehavet på [...] miljoner tyska mark [...], vilket motsvarar [högst 10 %] är alldeles för mycket.

f) Stödets upphörande

(177) Tyskland har förklarat att till följd av fusionen av den 2 juni 2003 mellan HLB och LSH, varmed HSH Nordbank skapades, överfördes den WK-andel som innehades av HLB tillbaka till FHH.

(178) Därmed har banken från och med den 2 juni 2003 inte längre möjlighet att använda de bundna tillgångarna till att täcka risktillgångar från HLB:s konkurrensutsatta verksamhet eller att använda dem som säkerhet.

(179) För kommissionen är det därmed bevisat att då de bundna tillgångarna slopades, upphörde det stöd som är föremål för denna granskning den 2 juni 2003.

g) Stödslaget

(180) På grundval av beräkningsunderlag, ersättningsposter och ersättningar för olika typer av överfört kapital har man tagit fram de totala belopp som anges i tabellen i punkt 183 och som borde ha betalats som rimlig ersättning för enskilda delar och år.

(181) De belopp som man redan enats om som ersättningsfaktorer vid investeringsögonblicket skall dras av. Kommissionen anser att det endast rör sig om ersättningen för privata innehav på [...] miljoner tyska mark [...]. Däremot kan man inte räkna med ytterligare beståndsdelar, såsom de av Tyskland fastställda och betalda utdelningarna. Som det tidigare konstaterades (se punkt 110), kan, enligt den marknadsekonomiska investeringsprincipen, utbetalningar av vinstutdelning och/eller värdestegringar som skett efter investeringen inte vara avgörande.

(182) Kommissionen anser dock att det, trots att de båda kapitalinstrumenten är olika då FHH:s överföring 1993 skedde i form av ett helhetspaket, tillåtet att beräkna den överenskomna, överdimensionerade ersättningen för passiva innehav som betald ersättning för det totala

investeringsprojektet. Därför kan den för stora betalningen räknas som ersättning för kapitalreserven. Beloppet måste dock omvandlas till ett värde efter skatt, vilket parterna lämnat öppet i överenskommelsen.

(183) Stödinslaget består alltså av följande delar ⁽³⁸⁾:

Tabell 1

Beräkning av stödinslaget – HLB (i miljoner DEM)

	(5 månader)										
	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Andel av passivt ägande till HLB:s förfogande	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0	300,0
Ersättning att betala (1,29 %)					3,9	3,9	3,9	3,9	3,9	3,9	1,6
Växelborgenavgift att betala (0,3 %)	0,9	0,9	0,9	0,9							
Betald	30,0	30,0	30,0	30,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Överbetald (= debiterbar mot kap. reserv)	29,1	29,1	29,1	29,1	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Bolagsskatt	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %	50,00 %
Mindre skatt	- 14,6	- 14,6	- 14,6	- 14,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Debiterbar överbetalning efter skatt	14,6	14,6	14,6	14,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Kapitalreserv från WK 1993 tillgänglig för HLB	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4
Slutligt godkänd av BAKred	0,0	0,0	0,0	0,0	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4	659,4
Varav inte användbar som garantikapital	0,0	0,0	0,0	0,0	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Varav använts/kunde användas (fr. o.m.1997)	182,9	435,6	255,1	208,3	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Varav inte använts/inte kunde användas (fr.o.m. 1997)	476,5	223,7	404,2	451,1	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ersättning att betala (6,57 %)	12,0	28,6	16,8	13,7	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Växelborgenavgift att betala (0,15 %)	0,7	0,3	0,6	0,7	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Ersättning att betala totalt	12,7	29,0	17,4	14,4	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Debiterbar överbetalning ur passivt deläggande	14,6	14,6	14,6	14,6	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Stödinslag											
	- 1,9	14,4	2,8	- 0,2	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

⁽³⁸⁾ Sedan den 1 januari 1999 omvandlas mark mot euro till kursen 1,95583. De årliga uppgifterna om stödinslaget i tabellen skall räknas om enligt denna kurs vid beräkningen av det totala stödbelopp som skall krävas tillbaka.

(184) Skillnaden mellan verkliga betalningar och betalningar som skulle motsvara marknadsmässiga villkor ger ett stöds slag på 177,5 miljoner tyska mark (90,75 miljoner euro).

2.2. *Snedvridning av konkurrensen och påverkan på handeln mellan medlemsstater*

(185) 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.

(186) Den stödbeviljade banken HLB bedriver bankverksamhet både regionalt och internationellt. HLB uppfattar sig själv som universell affärsbank som internationellt var verksam främst inom fartygsfinansiering, så som HSH Nordbank är det idag. Trots sitt namn, sina traditioner och sina lagstadgade uppgifter var HLB fram till 2003 ingalunda någon lokal eller regional bank.

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

(188) 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 HLB med sådant eget kapital för kapitaltäckning påverkade den direkt bankens affärsmöjligheter.

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

2.3. *Resultat*

(190) På grundval av alla överväganden 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.

3. FÖRENLIGHET MED DEN GEMENSAMMA MARKNADEN

(191) Det skall dessutom undersökas om stödet kan anses förenligt med den gemensamma marknaden. 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.

(192) 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 allvarlig 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.

(193) Eftersom HLB: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 HLB kunde ha 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.

(194) Enligt artikel 87.3. c i EG-fördraget kan stöd anses förenligt med den gemensamma marknaden om det underlättar utvecklingen av vissa näringsverksamheter. Detta skulle i princip även kunna gälla omstruktureringsstöd inom banksektorn. I det föreliggande fallet saknas dock förutsättningar för att tillämpa denna undantagsbestämmelse. HLB var inte ett företag i svårigheter, som genom statligt stöd skulle hjälpas att återställa sin lönsamhet.

(195) 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" ⁽³⁹⁾. De formella förutsättningarna för detta föreligger inte i detta ärende och Tyskland har inte heller hävdats detta.

(196) Eftersom inget av undantagen från det principiella förbudet mot statligt stöd enligt artikel 87.1 i EG-fördraget är tillämpligt, kan det ifrågasvarande stödet inte anses vara förenligt med fördraget. Överföringen av WK-andelar den 1 januari 1993 till HLB är inte befintligt stöd.

(197) Överföringen den 1 januari 1993 kan inte heller anses täckas av institutionellt ansvar och garantiansvar.

(198) För det första är inte det inledande villkoret uppfyllt, enligt vilket det faktiska garantiansvaret är en garanti gentemot fordringsägare om bankens tillgångar inte räcker till. Kapitaltillskottet var inte avsett att tillfredsställa HLB:s fordringsägare, och HLB:s tillgångar var inte uttömda.

⁽³⁹⁾ Denna rapport presenterades den 23 november 1998 för ekonomi- och finansministerrådet, men har inte offentliggjorts. Den kan fås från kommissionens generaldirektorat för konkurrens, och på kommissionens webbplats på Internet.

(199) För det andra är det inte heller fråga om något institutionellt ansvar. Institutionellt ansvar kräver att de som har ansvaret skall förse HLB med de medel som krävs för att bedriva verksamhet som delstatsbank, om de bestämmer att driva verksamheten vidare. När kapitalöverföringen gjordes var HLB inte alls i sådana svårigheter att det var omöjligt att driva verksamheten vidare. Kapitaltillskottet var alltså inte nödvändigt för att HLB skulle kunna fortsätta sin verksamhet. HLB 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 delstatens sida är "undsättningsbestämmelserna" om institutionellt ansvar inte tillämpliga. Eftersom det inte finns någon annan tillämplig befintlig stödordning enligt artikel 87.1 och artikel 88.1 i EG-fördraget, skall kapitaltillskottet därför klassificeras som nytt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 och artikel 88.3 i EG-fördraget.

IX. SLUTSATS

- (200) Det stöd som eventuellt var en följd av överföringen av WK-andelar den 1 januari 1993 kan inte längre återkrävas då den frist som anges i artikel 15.1 i förordning (EG) nr 659/1999 löpt ut och skall enligt artikel 15.3 i nämnda förordning betraktas som befintligt stöd.
- (201) Det stöd som var en följd av överföringen av WK-andelar den 1 januari 1993 kan inte anses förenligt med den gemensamma marknaden, varken enligt artikel 87.2 och 87.3 i EG-fördraget eller enligt någon annan bestämmelse i fördraget. Stödet förklaras därför oförenligt med den gemensamma marknaden, och det skall upphöra och stödinslaget i den olagliga åtgärden skall återkrävas av Tyskland.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Det statliga stöd på 90,75 miljoner euro som Tyskland beviljade Hamburgische Landesbank – Girozentrale, numera HSH

Nordbank AG, från den 1 januari 1993 till den 1 juni 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 nämns i artikel 1 och som olagligen ställts till stödmottagarens förfogande.

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⁽⁴⁰⁾.

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

⁽⁴⁰⁾ 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 (*)	Stödbelopp (*)	Valuta	Stödmottagarnas identitet

(*) 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 (*)	Återkrävt belopp	Valuta	Stödmottagarnas identitet

(*) Datum för återbetalning av stödet.

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

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 Wohnungsbaukredit-
anstalt ("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 Landes-
bank 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 kom-
missionen 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, Nord-
deutsche Landesbank, Hamburger Landesbank och Bayeri-
sche 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 Landes-
bank Hessen-Thüringen. Enligt uppgift från BdB avsåg
delstaten Schleswig-Holstein att överföra sina fastighetstill-
gångar 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. WAK: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 affärsvolymerna. 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)

i milj. mark

	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	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(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 %.

Sammantaget medförde detta att IB:s kapital uppgick till 1 306,05 miljoner mark (IB:s särskilda reserv på [...] miljoner mark – bestående av WKA:s tillgångar på [...] miljoner mark och WAK:s kapital på [...] miljoner mark – och den särskilda reserven för bostadsbyggande på [...] miljoner mark) ⁽¹⁵⁾. Enligt den preliminära ingående balansräkningen den 1 januari 1991 uppgick alla delar av det egna kapitalet till sammanlagt 1 558 miljoner mark. Vid den slutliga granskningen den 1 januari 1991 korrigerades denna summa till 1 306,05 miljoner mark ⁽¹⁶⁾.

(41) BAKred hade i en skrivelse av den 15 augusti 1991 noterat att LSH:s garantikapital hade ökat med 1 559,44 miljoner mark genom HLB:s kapitalreserv. Tyskland påpekade att den slutliga granskningen visade att den godkända kapitalbasen endast uppgick till 1 306,05 miljoner mark och att LSH fr.o.m. den 15 augusti 1991 endast förfogade över ett ytterligare garantikapital på detta belopp ⁽¹⁷⁾.

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

(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 [...]

(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

⁽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 FASTIGHETS-TILLGÅNGARNA 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 ersättnings-satsen 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. SYNPUKTER 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 offentligägda 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: försäkringspremie-synsättet, 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) Minimiavkastning 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 förfarings sätt anses vara inkorrekt. Bolagsskatten på en normal investering är i praktiken en förskotts betalning 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 skattellagodohavandet från avkastningen hos en jämförbar privat investerare eller lägga till ett motsvarande fiktivt skattellagodohavande 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 inleddes 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 kreditvärderingsinstitutet 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 oåterkalleligen 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

⁽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.

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 SYNPUNKTERNA FRÅN BDB OCH NYA SYNPUNKTER FRÅN TYSKLAND

- (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 kreditvärderingsinstitutet utslutande 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 uttrycker 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 marknadsriskpremie 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 investeringens riskprofil. 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 fastställdes 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.
- (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 betafaktor 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 överlåtelser 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 stödlaget 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

VIII. ÖVERENSKOMMELSEN MELLAN BDB,
DELSTATEN SCHLESWIG-HOLSTEIN OCH HSH
NORDBANK

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

(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 kapitalökningssmetod 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.

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.

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 investeringsprincipen. 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 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 tillämpbar 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 aktieägares 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 instämna 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 örönmärkt 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⁾ 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.

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

raden. Kommissionen ansluter sig såtillvida till BdB:s uppfattning att det för en privat investerare i en marknadsekonomi 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 innebär 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 marknadsökonomi 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 minskas 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 företagens affärsmodell för den tidsrymd

⁽³⁸⁾ I själva verket är situationen naturligtvis mycket mer komplicerad, exempelvis på grund av poster utanför balansräkningen, olika riskvikter 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 minimiersättningen. 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 minimiersättning 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 minimiersättning för ett hypotetiskt aktiekapitaltillskott till LSH. I sin överenskomst om en marknadsmässig ersättning kom delstaten Schleswig-Holstein, HSH Nordbank och BdB fram till att en minimiersättning 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 marknadsriskpremierna på 4,0 % också berättigade. Redan i WestLB-förfarandet, som ledde till beslut 2000/392/EG, användes flera gånger den så kallade allmänna långfristiga marknadsmässiga riskpremierna, 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 anfört, har kommissionen ingen anledning att betrakta detta som olämpligt och lägger därmed också detta belopp till grund för beräkningen av stödinslaget.

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 att 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 stammaktier 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 investeringens 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 avstående 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 satsen 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 investeringsprincipen, 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 marknadsökonomi 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 tillhandahållandet 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 avstygades från LSH:s tillgångar med rättslig verkan den 1 juni 2003. De bundna fastighetstillgångarna avstygades 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)

	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

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 konkurrensutsett 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 undantagsbestämelsen 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 omstruktureringstöd 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 ifrågasvarande 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 stöddinslaget 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 ^(*)	Stödbelopp ^(*)	Valuta	Stödmottagarens identitet

^(*) 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)

Anmärkingar:

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 ^(*)	Återkrävt belopp	Valuta	Stödmottagarens identitet

^(*) Datum för återbetalning av stödet.

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

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 20 oktober 2004

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

[delgivet med nr K(2004) 3931]

(Endast den tyska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2006/742/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR FATTAT DETTA
BESLUTmed beaktande av Fördraget om upprättandet av Europeiska
gemenskapen, särskilt artikel 88.2 första stycket i detta,

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

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

och av följande skäl:

I. FÖRFARANDE

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

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

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

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

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

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

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

⁽¹⁾ EUT C 72, 26.3.2003, s. 3.

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

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

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

II. INGÅENDE BESKRIVNING AV ÅTGÄRDEN

1. HELABA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. KAPITALFORDRINGAR ENLIGT KAPITALBASDIREKTIVET OCH KAPITALTÄCKNINGSDIREKTIVET

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

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

4. ÖVERFÖRINGENS EFFEKTER PÅ HELABAS KAPITALBAS

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

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

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

Tabell

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

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

- (31) Fram till det avslutande avtalet med finansinspektionen om resultatet av den oberoende värderingen av investeringstillgångarna den 31 december 2003 hade Helaba, precis som tidigare, [...] miljoner euro som referensbelopp till sitt förfogande (vilket kunde användas till konkurrensutsatt verksamhet).
- (32) Till följd av kapitalöverlåtelsen steg, enligt uppgift från Tyskland, andelen primärt kapital som enligt Baselavtalet om kapitalbaser anmälts till bankinspektionen, numera finansinspektionen, från 5,4 % (31 december 1997) till 9,3 % (31 december 1998) och kapitalbasens andel från 9,6 % (31 december 1997) till 13,1 % (31 december 1998). De anmälda andelarna primärt kapital och baskapital steg alltså med omkring 72 % respektive 36 %.
- (33) Genom ett tillskott av kapital ökade Helabas möjlighet att expandera verksamheten med risktillgångar som skall värderas till 100 % – under antagande av en multiplikationsfaktor på 12,5, vilket motsvarar en kapitalbasandel på 8 % – med omkring 28 miljarder mark (14 miljarder euro). I själva verket hade den tillåtna kreditvolymen kunnat ökas än mer i och med ökningen av kapitalbasen med 2,3 miljarder euro, eftersom tillgångarna i en bank normalt inte bär en genomsnittlig risk på 100 %.
- (34) Eftersom höjningen av det primära kapitalet gav Helaba möjlighet att anskaffa ytterligare kapital ökade bankens utlåningskapacitet än mer.

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

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

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

5. ERSÄTTNING FÖR DET KAPITAL SOM ÖVERLÅTITS

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

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

6. SKÅL TILL ATT INLEDA FÖRFARANDET

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

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

- (38) Utgångspunkten för kommissionens prövning var principen om en investerare i en marknadsekonomi. Enligt denna föreligger favorisering genom tillhandahållande av statliga medel om ett företag erhåller statliga medel på villkor som under normala marknadsförhållanden inte hade godtagits.
- (39) Mot bakgrund av den långsiktiga riskbefriade räntenivån på omkring 4 % (statsobligationer med tioårig löptid) i slutet av 1998 ansåg kommissionen att det var tveksamt om den avtalade ersättningen kunde anses adekvat, särskilt med avseende på en lämplig riskpremie. Samtidigt medgav kommissionen att den bristande likviditeten i det kapital som tillförs måste beaktas vid fastställandet av vad som är marknadsmässig ersättning. De lånemedel för bostadsbyggande som tillhandahölls i form av ett passivt deläggande måste, på samma sätt som före överföringen, användas för offentliga byggfrämjande åtgärder. Därmed kunde Helaba inte använda det överförda kapitalet direkt i sin affärsverksamhet. Genom breddningen av basen för det egna kapitalet breddades också Helabas utlåningskapacitet (det egna kapitalets affärsutvidgningsfunktion). Banken kan emellertid inte utnyttja den möjliga omfattningen av den utökade affärsvolymen förrän den extra kreditvolymen till fullo refinansieras på kapitalmarknaden. Enligt kommissionens uppfattning kan delstaten alltså inte förvänta sig samma avkastning som någon som tillhandahåller likvida medel och en motsvarande nedsättning av ersättningen kan därför inte motiveras. Det är däremot tveksamt om ett avdrag motsvarande de totala bruttofinansieringskostnaderna från den marknadsmässiga ersättningen för en likvid passiv ägarandel kan godkännas med tanke på möjligheten att göra skatteavdrag för refinansieringskostnaderna.
- (40) Kommissionen betvivlade att den grundläggande ersättning på 1,2 % årligen som avtalats för det passiva delägandet ligger inom marknadsintervallet för jämförbara transaktioner, i synnerhet som den absoluta volymen föreföll ligga över den som annars gäller på marknaden. Den betvivlade vidare att påslaget på 0,2 % årligen för innehavets varaktighet var marknadsmässigt. Likaså ifrågasatte den om den extra skatten på näringsverksamhet om 0,26 % årligen som Helaba skulle betala om banken återtog ett passivt deläggande från affärsdrivande investerare kan betraktas som relevant för marknadsjämförelsen.
- (41) Därutöver betvivlade kommissionen om en investerare i en marknadsekonomi i en liknande situation hade inlåtit sig på att begränsa ersättningen till att gälla delbelopp under de första åren. I detta sammanhang skall det dessutom undersökas om Helaba inte hade ytterligare ersättningspliktiga fördelar av den del av det passiva delägandet som det inte erlagts någon ersättning för, i synnerhet förhöjt kreditvärde. Detta bör ske eftersom det passiva delägandet från första början fördes upp i balansräkningen i sin helhet och därigenom kunde användas som säkerhet.

III. TYSKLANDS SYNPUNKTER

- (42) Tyskland förklarade att delstaten Hessen åren 1997 och 1998 sökte möjligheter till nya inkomster från sina tillgångar avsedda för bostadsbyggande genom att överföra dem till ett kreditinstitut, dock utan åsidosättande av de ändamål som tillgångarna var avsedda för. Tillgångarna skulle bibehållas i odelad form. Endast Helaba var redo att gå med på dessa villkor. Helabas aktieägare skulle inte ha godkänt att delstaten genomfört en investering med aktiekapital. Därför var ett passivt deläggande det enda kapitalinstrument som kunde komma i fråga.
- (43) Enligt Tyskland stämde ingen av kommissionens synpunkter på övriga delstatsbanker in på Helaba. Banken är dels lönsam och dels fri från problemet med förhållandevis litet eget kapital. Den har heller inte varit hänvisad till överföringen av fondtillgångar för att bibehålla sin nuvarande affärsvolym eller främja sin tillväxt. Helaba har kunnat täcka sitt kapitalbehov genom såväl sina aktieägare, Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, som på kapitalmarknaden.
- (44) Baselkommittén för banktillsyn offentliggjorde den 21 oktober 1998 i den s.k. "Sydneyförklaringen" nya riktlinjer för internationellt verksamma kreditinstitut som gäller erkännande av kapitalinstrument enligt rådande inspektionsregler. Efter att ha tagit del av dessa riktlinjer förordade delstaten och banken att upplåningen av medel inte skulle tidsbegränsas, för att överensstämma med de nya bestämmelserna och kunna få tillgångarna godkända som primärt kapital över 15 %-gränsen. Delstaten krävde emellertid en extra ersättning på 0,20 % årligen för ägarandelens varaktighet och bankens ensidiga uppsägningsrätt.
- (45) Enligt Tyskland har Baselkommitténs redan omnämnda Sydneyförklaring givit upphov till en flexibel marknad för passivt deläggande, som på investerarsidan präglas av en kraftig diversifiering med allt mellan privata investerare och institutionella storinvesterar.
- (46) Ett passivt deläggande skiljer sig härvidlag på ett grundläggande sätt från en andel i aktiekapitalet. Den passiva delägaren har inget innehav i företaget och besitter endast rudimentära kontrollrättigheter. Medan tecknade aktier måste ersättas genom utdelning efter skatt, är ersättningen för ett passivt deläggande en driftsutgift som kan tas upp för skatteavdrag. Enligt tysk banklagstiftning hade passivt deläggande redan före 1998 godkänts som primärt kapital utan beloppsbegränsningar. Dessutom godkändes permanent passivt deläggande som primärt kapital i och med Sydneyförklaringen i oktober 1998. Åren 1998–1999 började kreditinstituten i allt högre grad använda sig av passivt deläggande. De berörda beloppen låg uppåt 1 miljard amerikanska dollar eller 1,2 miljarder mark (omkring 0,6 miljarder euro). Från att inte ha varit särskilt vanliga i

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

- (47) I samband med den rättsliga utformningen av ersättningen och avtalandet om denna utgick delstaten från liknande transaktioner som utförts av privata kreditinstitut. Enligt uppgift från Tyskland hade exempelvis SGZ-bank 1998 avtalat om en ansvarsavgift på omkring 1,2 % årligen och HypoVereinsbank Luxemburg hade avtalat om en ersättning på 1,6 % årligen. År 1999 avtalade Dresdner Capital LLC om en ersättning på 1,65 % årligen, HypoVereinsbank Luxemburg avtalade om en på 1,25 % årligen. Deutsche Bank avtalade om en sådan ersättning på 1,15 % över gällande referensränta genom ett s.k. perpetualinstrument. De extra ersättningarna för de medel som lånats från privata institut låg i princip inom en korridor mellan 0,80 % över Libors tolv månadersränta⁽⁹⁾ och 2,15 % över amerikanska federala lån⁽¹⁰⁾. Därutöver hade sparbankerna i Hessen und Thüringen fr.o.m. den 5 december 1997 beviljat Helaba ett passivt deläggande, där ersättningen låg 1,2 % årligen över referensräntan.
- (48) Tyskland förklarar vidare att när rörlig ränta tillämpas är räntenivån kopplad till ett penningmarknadsinstrument (Libor och Euribor) och när fast ränta tillämpas är den kopplad till ett räntemarknadsinstrument (statliga lån med fast ränta såsom amerikanska eller tyska statsobligationer) eller till swapmarknadens räntenivåer. På euroområdet skedde utlåningarna på interbankmarknaden vanligen utan andra premier på grundval av Libor eller Euribor. Så långt dessa referensräntor valdes för passivt deläggande är premierna identiska med ansvarspremier för passivt deläggande. På räntemarknaden tillämpades normalt intäkterna från statsobligationer som referensränta och sedan slutet av 1990-talet i tilltagande grad "Mid-Swaps" (=medelvärdet av gapet mellan köp- och säljkurserna på swapmarknaden). Även för bankobligationer med förmånsrätt var bankerna tvungna att av kreditvärdighets- eller likviditetsskäl erlagga en premie som skiftar efter det aktuella marknadsläget, jämfört med statsobligationer med samma termin. Denna premie kallas refinansieringspremie. För att bedöma kreditinstitutets bidrag med fast ränta till det passiva deläggandet skall därför sådana refinansieringspremier dras av från ersättningspåslagen.
- (49) Dessa refinansieringspremier för banker inom euroområdet (Senior Bonds, JP Morgan-Index) hade enligt uppgift från Tyskland rört sig i mellan knappt 20 till drygt 40 baspunkter under de två åren 1998 och 1999 och. Mot slutet av 1998 uppgick de till knappt 40 baspunkter⁽¹¹⁾. Om swapsatsen ("mid-swaps") väljs som referensvärde, motsvarar räntepremien för ett passivt deläggande däremot

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

- (50) Överläggningarna mellan delstaten och banken om tillskottet och ersättningen fördes som om de vore två oberoende parter. De kom fram till den slutligen avtalade ersättningen på 1,4 % årligen (1,2 % plus en premie på 0,2 % för ägarandelens varaktighet och bankens ensidiga uppsägningsrätt) utifrån den ovannämnda korridoren och med hjälp av en rad uppgifter från marknaden, såsom den gestaltade sig vid den tidpunkten.
- (51) I fråga om premien för ägarandelens varaktighet förklarar Tyskland i detalj att det förekom jämförbara transaktioner som hade terminer på 10, 12 och 32 år eller t.o.m. de som var obegränsade. Premien på 0,2 % årligen för ägarandelens varaktighet är marknadsmässig med avseende på Helabas kreditbetyg AAA/Aaa vid den berörda tidpunkten, vilket inget av jämförelseinstitut kunde uppvisa. De kapitalmarknadstransaktioner som tjänade som jämförelsematerial tydde f.ö. inte på någon koppling mellan ersättningsens omfattning och de upptagna medlen, vare sig ur institutets (emissionens totala belopp) eller investerarens synvinkel (det tecknade delbeloppet).
- (52) Utöver ersättningen på 1,4 % måste Helaba dessutom erlagga skatt på näringsverksamhet – detta krav åligger inte delstaten Hessen – vilket ger en total beskattning på 1,66 % (före övriga skatter). Enligt Tyskland måste man därför beakta en effekt av skatten på näringsverksamhet jämfört med ersättningen på 0,26 % årligen i förhållande till Helabas passiva deläggande. I Tyskland erlagger verksamma investerare skatt på näringsverksamhet för vinstandelar från passivt deläggande. Delstaten Hessen är emellertid inte skyldig att erlagga näringskatt. I stället måste Helaba betala den skatt på näringsverksamhet som gäller ersättningen för det passiva deläggandet. En institutionell investerare i en marknadsekonomi skulle därför ha krävt en högre avgift än delstaten, för att kompensera för sina utlägg i form av näringskatt. Å andra sidan hade Helaba utan tvekan varit berett att betala ett ersättningspåslag till en sådan investerare, eftersom det inte spelar någon roll om man betalar påslaget som avgift till en investerare eller skatt på näringsverksamhet till skattemyndigheten. Om effekten av en skatt på näringsverksamhet på 0,26 % årligen räknas in, uppgick den skatt som Helaba måste erlagga för ersättningskravet på 1,40 % i fråga om det passiva

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

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

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

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

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

- (59) Någon ersättning i form av en växelborgenavgift hade med rätta inte utgått för tillskottet p.g.a. av dess garantifunktion. Detta var emellertid i sin ordning, eftersom banken tillsynsrättsligt sett inte utnyttjade det i omedelbar anslutning till utvidgningen av verksamheten. Det skulle inte ha varit ekonomiskt rimligt om ett kreditinstitut, som redan fått högsta möjliga kreditvärdighet hos alla värderingsinstitut, betalade för den garantifunktion som det extra upplånade kapitalet medförde. De villkor som gällde ifall institutet ville låna upp främmande kapital, skulle inte ha förbättrats ytterligare, varför heller ingen betydande fördel förelåg. Investeraren, i vars intresse hela kapital odelat sattes in i banken, skulle alltså inte ha kunnat kräva någon ersättning för garantifunktionen.
- (60) De tvivel avseende bristande likviditet som kommissionen gav uttryck åt i beslutet om att inleda ett förfarande var delvis ett resultat av den metod som tillämpades i WestLB-beslutet, vilket på grund av de stora faktiska skillnaderna inte kan tillämpas i föreliggande fall. Enligt Tyskland skulle det i detta fall vara lämpligare att jämföra brutto- och inte bara nettofinansieringskostnaderna för ersättningen. Det likvida passiva delägandet borde dessutom dras av, eftersom också privata kreditinstitut har rätt att i sina deklARATIONER dra av ersättningen för likviditetsfunktionen i det passiva delägande som de tagit emot. Om bara nettofinansieringskostnaderna drogs av från den fiktiva ersättningen för det likvida passiva delägandet i fallet Helaba, måste man förfara på samma sätt med den ersättning som privata kreditinstitut faktiskt erlagt för det likvida passiva delägandet. Annars skulle jämförelsen halta.

IV. SYNPKUNKTER FRÅN BERÖRDA PARTER

1. SYNPKUNKTER FRÅN KLAGANDEN BDB

- (61) Enligt BdB:s uppfattning har Helaba inte betalat någon rimlig ersättning för det primära kapital som skjutits till och därigenom erhållit statligt stöd.
- (62) I sina synpunkter av den 29 juli 2003 på det förfarande som inleddes den 13 november 2002 mot delstatsbankerna fastslår Bdb att frågan om lämplig ersättning skall avgöras enligt den metod som låg till grund för kommissionens beslut om WestLB.
- (63) Därför skall i en första fas det kapital som ställts till förfogande jämföras med andra instrument för egna medel. I en andra fas gäller det att fastställa den lägsta ersättning som en investerare skulle förvänta sig för en konkret investering med egna medel i delstatsbanken. Avslutningsvis skall en beräkning göras av de premier som erlagts eller avdrag som gjorts p.g.a. överlåtelserns särskilda förutsättningar.
- 1.1. JÄMFÖRELSE MED ANDRA INSTRUMENT FÖR EGNA MEDEL
- (64) Nästan alla delstatsbanker behövde enligt uppgift från BdB nytt kapital fr.o.m. 1992, för att efterkomma de striktare kraven i det nya kapitaltäckningsdirektivet. Utan dessa kapitalökningar hade delstatsbankerna varit tvungna att dra ned på sin verksamhet. Därav kan man, enligt BdB, dra slutsatsen att denna kapitaltillförsel endast kan jämföras med sådana instrument för egna medel som var erkända och stod till förfogande som primärt kapital (förstklassigt garantikapital). Vid en jämförelse utesluts därför preferensaktier utan rösträtt, vanliga preferensaktier och s.k. perpetual preferred shares. I Tyskland är dessa tre instrument för eget kapital inte godkända som primärt kapital – där betraktas de bara som supplementärt kapital (andra klassens garantikapital).
- (65) Under respektive investeringsperioder var det bara aktiekapital och passivt delägande som godkändes i Tyskland. Enligt BdB:s uppfattning kunde Helaba rättsligt endast använda sig av aktiekapital för den konkreta investeringen. BdB bestrider därvid inte själva godkännandet från de berörda myndigheternas sida. Förbundet framhåller snarare att ett sådant godkännande inte var tillåtet, eftersom det passiva delägande som avtalats med delstaten Hessen ekonomiskt och juridiskt inte var jämförbar med "normalt" passivt delägande, utan snarare enbart med aktiekapital. När nu ett sådant godkännande faktiskt lämnats måste åtminstone ersättningen för delstaten Hessens passiva delägande ligga i linje med ersättningen för aktiekapital, eftersom en investerare i en marknadsekonomi hade krävt en sådan ersättning p.g.a. det passiva delägandets likhet med aktiekapital och dess konkreta riskstruktur.
- (66) I samband med detta analyserar BdB utifrån en rad kriterier, varför delstaten Hessens passiva delägande enligt förbundets mening ekonomiskt och juridiskt bör jämföras med aktiekapital och inte med passivt delägande i den form det vanligen förekommer på marknaden.
- (67) BdB grundar huvudsakligen denna åsikt på att "normalt" passivt delägande endast har begränsad löptid eller kan sägas upp och enligt de principer som tillämpas av Baselkommittén för banktillsyn inte kan användas för volymer som överstiger 15 % av det primära kapitalet, medan delstaten Hessens passiva delägande har obegränsad löptid och medger att 15 %-gränsen överträds. Dessutom kan avtal om tillgångars efterstäldhet omöjligt ge investeraren reducerad risk, eftersom kapitaltillskottet utgör en betydande del av det primära kapitalet, ibland mer än 50 %. Därmed är det betydligt mer sannolikt att kapital-

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

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

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

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

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

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

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

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

1.2. MÖJLIGHET TILL AVDRAG I DEKLARATIONEN

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

1.3. MINIMIERSÄTTNING FÖR EN AKTIEKAPITALINVESTERING I EN DELSTATSBANK

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

$$\begin{aligned} & \text{Förväntad avkastning på en riskinvestering} \\ & = \text{Riskfri bassats} + \text{Riskpremie för riskinvesteringen} \end{aligned}$$

- (73) För att beräkna den riskbefriade avkastningen använder BdB avkastningen för statsobligationer med lång löptid, eftersom det rör sig om värdepapper med fast ränta som erbjuds av statliga organ, vilket är den investeringsform som har minst eller ingen risk alls⁽¹²⁾.
- (74) För att räkna fram riskpremien undersöker BdB först den s.k. marknadsriskpremien, dvs. differensen mellan den genomsnittliga avkastningen på aktier och statsobligationer på lång sikt. För den tyska aktiemarknadens vidkommande utgår BdB, med stöd i en studie av Stehle-Hartmond (1991), från en enhetlig långsiktig marknadsriskpremie på 4,6 %.

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

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

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

1.4. PREMIER OCH AVDRAG PÅ GRUND AV TRANSAKTIONERNAS SÄRSKILDA FÖRUTSÄTTNINGAR

- (77) BdB framhåller att det avdrag på 4,2 % som kommissionen gjorde från minimiersättningen på 12 % i sitt beslut om WestLB p.g.a. bristande likviditet i Wfas kapital godtogs i förstainstansrätten. Det finns därför ingen anledning att göra avsteg från denna metod i föreliggande fall – också i dessa fall skall avdrag göras för likviditeten. Storleken på avdraget för bristande likviditet kan enligt WestLB-metoden fastställas utifrån nettorefinansieringskostnaderna (bruttorefinansieringskostnaderna minus tillämplig företagsskatt).
- (78) Likviditetsavdraget beräknas för Helabas vidkommande på grundval av en bruttorefinansieringsnivå på 6,57 % årligen (motsvarande den långsiktiga riskbefriade basräntenivån vid tidpunkten för överföringen 1998), på vilken gällande totala skattesats skall tillämpas för att få fram nettorefinansieringsnivån.

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

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

1.5. KAPITALBAS OCH ERSÄTTNINGSELEMENT

(80) För det första framhåller BdB att hela det belopp som vid beräkningen av den rimliga ersättningsnivån i Helabas fall godtogs som primärt kapital för att finansiera konkurrensutsatt affärsverksamhet, skall användas som grundläggande kapital och inte bara den del som faktiskt används eller skall användas. Förbundet motiverar detta med att en investerare i en marknadsekonomi aldrig skulle godta en begränsning av sin ersättning till den del som faktiskt används. För den privata investeraren är det ovidkommande om kreditinstitutet verkligen använder det tillskjutna kapitalet till att utvidga affärsverksamheten. Det som är avgörande för investeraren är snarare att han själv inte kan använda kapitalet och därmed heller inte kan få någon avkastning.

(81) Beräkningen av ersättningsnivån åren 1998–2002 på grundval av årsvis stigande delbelopp motiverades inte med någon diskontering p.g.a. utebliven uppdelning av det överförda kapitalet eller av att blockinbetalningen till Helaba skulle ha haft en tyngande effekt. Även om kapitaltillskottet kanske inte var nödvändigt för att uppfylla kapitaltäckningskriterierna, möjliggjorde det ändå en avsevärd ökning av Helabas kapitalbas och en kraftig utvidgning av bankens konkurrensutsatta verksamhet. En investerare i en marknadsekonomi skulle därför ha krävt fullständig ersättning för hela beloppet på grundval av att det godkänts som garantikapital.

(82) Den årliga ansvarsprovision på 0,3 % som kommissionen utgick ifrån i WestLB-beslutet och som den räknat sig fram till genom att jämföra kapitalbeloppet med en garanti som bör tas ut för den del av det överförda primära kapitalet, som inte fick användas i den konkurrensutsatta verksamheten.

(83) Det enda som kunde betraktas som ersättningsselement var den s.k. "ansvarsprovisionen" och "varaktighetspremien". Skatten på näringsverksamhet som till övervägande delen inte går till delstaten utan till kommunen utgör inte en del av ersättningen. Den är en lagstadgad pålaga med koppling till skatteomständigheter som är helt oberoende av parternas avsikter.

(84) Slutligen gick inte avkastningen till delstaten Hessen utan utbetalades sedan – efter avdrag för reavinstskatt – som

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

2. SYNPKUNKTER FRÅN DELSTATEN NORDRHEIN-WESTFALEN OCH WESTLB

(85) I en skrivelse från Tyskland av den 30 oktober 2003 om kommissionens beslut av den 13 november 2002 om att inleda ett förfarande bestrider delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB att de tillgångar som överförts till delstatsbankerna är att jämföra med aktiekapital. Till yttermera visso godkändes passivt deläggande och s.k. perpetuals som primärt kapital i Tyskland redan 1991. Dessutom följer inte ersättningen banktillsynsreglerna utan en investerings riskprofil. Eftersom tillgångarna var efterställda, ligger det närmare till hands att jämföra riskstrukturen med passivt deläggande eller s.k. perpetuals än med aktiekapitalinvesteringar.

(86) WestLB har inga invändningar mot CAPM-metoden för att beräkna minimiersättningen i samband med aktiekapitalinvesteringar. Banken anser emellertid att de av BdB fastställda betavärdena – som ligger gott och väl över 1 – inte är rimliga. En betafaktor som överstiger 1 signalerar att ett företags aktier representerar en högre risk än marknaden i dess helhet. Det institutionella ansvar respektive garanti-ansvar som obestriddligen förelåg gjorde emellertid att riskerna med att investera i en delstatsbank låg tydligt under den allmänna marknadsrisken.

(87) I delstatsbankernas specifika fall var det dessutom ett misstag att utgå ifrån den väntade avkastningen i samband med överföringen av tillgångarna till delstatsbanken. Detta var visserligen en principiellt rimlig metod att tillämpa för att utvärdera hur en privat investerare skulle ha agerat, men i detta fall innebar det emellertid att 1991 års avkastning lades till grund för beräkningarna. Det strider emellertid mot alla ekonomisk rimlighet att en investerare år 2003 skulle erhålla 1991 års avkastning som ligger väsentligt över den faktiska avkastningen. Den schematiska tillämpningen av en avkastningsnivå på 12 % innebär en nackdel för delstatsbankerna i förhållande till konkurrenterna som inte kan motiveras.

(88) Vad gäller avdraget p.g.a. bristande likviditet i överlåtelsen av tillgångarna anser WestLB och delstaten Nordrhein-Westfalen att räntan på statsobligationer utan risk helt och hållet skall dras av från den grundläggande avkastningen, eftersom överlåtelsen av tillgångar inte gav delstatsbankerna någon likviditet. Det är inte ekonomiskt hållbart att reducera beräkningsgrunden med skattebesparingen eftersom ersättningen för kapitalmarknadsinstrument inte är

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

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

V. TYSKLANDS REAKTION PÅ SYNPUNKTERNA FRÅN BdB

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

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

- (98) Aktiekapital förräntar sig inte utan berättigar till anspråk på utbetalning av en avkastning som inte bara är beroende av vinsten utan framför allt står i proportion till den. Ersättningen från ett passivt deläggande är däremot enbart beroende av vinsten. Om det passiva deläggandet skall generera kumulativa utbetalningar är en fråga som får avgöras av parterna och hör under alla omständigheter inte till de utmärkande dragen i ett "normalt" passivt deläggande. Enligt [...] skall emellertid den efterställda betalnings-skyldighet som föreskrivs i paragraf 10.4 i tyska banklagen och som är typisk för passivt deläggande tillämpas i fall av förlust. Framtida vinster skall företrädesvis användas till att höja tillskottet till den ursprungliga nivån ⁽¹⁴⁾.
- (99) Påståendet att endast aktiekapital och inte "normalt" passivt deläggande kunde användas för mycket stora volymer
- (100) På begäran av kommissionen tillhandahöll Tyskland en översikt i tabellform över utvecklingen för passiva innehav och annat primärt kapital av hybridkaraktär inom utvalda privata storbanker mellan 1998 och 2003. Enligt Tyskland framgår tydligt i vilken omfattning de anförda instituten tog upp primärt kapital av hybridkaraktär över den tillsynsrättsliga 15 %-gränsen, eftersom dess andel av det totala primära kapitalet överstiger 15 % ^(*).
- (100) Ett aktuellt bevis på möjligheten att överskrida 15 %-gränsen är en kapitalåtgärd som den 2 december 2003 vidtogs av ett institut med medlemskap i BdB, nämligen Deutsche Bank. I det fallet handlar det om att passivt deläggarskap tillförs privata investerare på totalt 300 miljoner euro med obegränsad löptid (s.k. *perpetuals*) ⁽¹⁵⁾. I och med att åtgärden är förenad med en ansvarspremie om 0,99 % är den dessutom ytterligare ett bevis på en marknadsanpassad ansvarspremie som beräknats utifrån marknadsförutsättningarna och som avtalats med avseende på delstaten Hessens passiva deläggande i Helaba.

	[Bank A]			[Bank B]			[Bank C]		
	Primärkapitalinstrument av hybrid-karaktär (varav passivt deläggande) (miljoner euro)	Primärkapital (miljoner euro)	Andel primärkapital av hybridkaraktär (%)	Primärkapitalinstrument av hybridkaraktär (miljoner euro)	Primärkapital (miljoner euro)	Andel primärkapital av hybridkaraktär (%)	Primärkapitalinstrument av hybridkaraktär (miljoner euro)	Primärkapital (miljoner euro)	Andel primärkapital av hybridkaraktär (%) ^(*)
1998	612 (612)	15 978	4 %	—	10 623	—	614	13,0	5 %
1999	3 096 (713)	17 338	18 %	1 495	12 908	12 %	1 937	14,6	13 %
2000	3 275 (768)	21 575	15 %	1 574	12 046	13 %	2 014	21,3	9 %

⁽¹⁴⁾ [...] lyder påföljande sätt: "[...]"

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

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

[Bank A]			[Bank B]			[Bank C]			
Primärkapitalinstrument av hybrid-karaktär (varav passivt delägande) (miljoner euro)	Primär-kapital (miljoner euro)	Andel primärkapital av hybridkaraktär (%)	Primärkapitalinstrument av hybridkaraktär (miljoner euro)	Primärkapital (miljoner euro)	Andel primärkapital av hybridkaraktär (%)	Primärkapitalinstrument av hybridkaraktär (miljoner euro)	Primärkapital (miljoner euro)	Andel primärkapital av hybridkaraktär (%) (*)	
2001	3 404 (811)	24 803	14 %	1 923	11 542	17 %	3 650	21,7	17 %
2002	2 973 (686)	22 742	13 %	1 732	8 572	20 %	4 164	19,1	22 %
2003	3 859 (**) (572)	21 618	18 %	1 561	7 339	21 %	4 076	14,4	28 %

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. BEDÖMNING AV ÅTGÄRDEN

1. STATLIGT STÖD ENLIGT ARTIKEL 87.1 I EG-FÖRDRAGET

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

1.1. STATLIGA MEDEL

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

1.2. GYNNANDE AV ETT VISST FÖRETAG

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

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

a) *Den marknadsekonomiska investeringsprincipen*

- (119) Enligt denna princip skall ett företag inte anses gynnas om kapital tillhandahålls "på villkor som en privat investerare, som verkar under normala marknadsvillkor, skulle vara beredd att överföra medel till ett privat företag"⁽¹⁷⁾. Ett gynnande i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget föreligger däremot om det föreslagna ersättningsarrangemanget eller företagets ekonomiska situation är sådan att normal avkastning inte kan förväntas inom en rimlig tidsfrist.

- (120) Därför är den marknadsekonomiska investeringsprincipen på samma sätt tillämplig på alla offentliga företag och detta oberoende av om de går med vinst eller förlust. Denna inställning hos kommissionen godtogs av förstainstansrätten i WestLB-domen⁽¹⁸⁾.

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

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

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

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

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

⁽¹⁸⁾ WestLB-domen, punkt 206 ff.

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

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

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

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

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

banktillsynsmyndigheten BAKred och den behöriga skattemyndigheten godtog som sådan.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(135) Vidare har kommissionen noggrant undersökt hur investeringens varaktighet, dvs. det faktum att den är obegränsad och inte kan hävas av delstaten Hessen, påverkar den riskanalys som skall genomföras här.

(136) BdB hävdar dessutom att det inte fanns några hybridinstrument utan tidsbegränsning på marknaden. Institutionella investerare är i princip bara beredda att förvärva egenkapitalinstrument med fastställd löptid eller instrument där man kan utgå från utbetalningar, eftersom betalningsnivån ökar (s.k. step-up) eller instrumentet vid ett senare tillfälle omvandlas till en annan investeringsform. Step up-klausuler skulle därmed ge gäldenären (emittenten) starka ekonomiska incitament att återbetala det passiva delägandet. Därmed gör en step-up-klausul en perpetual i själva verket till ett instrument med fast löptid. För övrigt var det endast privata investerare som intresserade sig för innovativa primärkapitalinstrument.

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

⁽ⁱ⁾ Förtrylleg uppgift som här motsvarar bank I.

⁽ⁱⁱ⁾ Förtrylleg uppgift som här motsvarar bank II.

⁽ⁱⁱⁱ⁾ Förtrylleg uppgift som här motsvarar bank III.

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

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

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

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

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

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

(c) Fastställande av den normgivande kapitalbasen

Kapitalbasens normativitet

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

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

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

Kapitalbas som stod till förfogande för finansieringen av Helabas konkurrensutsatta verksamhet

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁽²¹⁾ Svar från Tyskland av den 23 juni 2004, s. 12, bilaga 29/2004. Fitch Ratings: Bank Rating Methodology: May 2004, S. 12: "Principal considerations are profitability, balance sheet integrity (including capitalisation), franchise, management, operating environment, consistency, as well as size (in terms of a bank's equity capital)".

⁽²²⁾ Tyskland menar, som redan framgått, att skälet till detta är att de tillsynsrättsliga miniminormerna för kapitaltäckningsgraden (det primära kapitalets täckningsgrad var 4,0 % och den totala kapitaltäckningsgraden 8,0 %) gott och väl var uppfyllda under den aktuella perioden, vilket är en stor skillnad mot WestLB. Under 1997, dvs. före införlivandet, låg kapitaltäckningsgraden för Helaba-koncernens primära kapital på 4,8 % medan samma siffra för själva Helabainstitutet var 5,0 %, alltså helt enligt förklaring I till paragraf 10a i tyska banklagen. Helt i enlighet med de principer som tillämpas av Banken för internationell betalningsutjämning låg täckningsgraden för primärt kapital (tier I) 1997 på 5,4 %. Den totala täckningsgraden och täckningsgraden för eget kapital låg 1997 på 8,9 % respektive 9,6 % för koncernen och 9,2 % för själva institutet. Inte heller med avseende på den tillväxt som väntats för Helaba under följande budgetår var det nödvändigt att ta upp eget kapital i storleksordningen 264,4 miljoner euro.

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

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

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

aa) Inledande anmärkningar

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Normativa jämförelsetransaktioner ⁽²⁴⁾

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

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

Normativa jämförelsetransaktioner ⁽²⁴⁾

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

⁽²⁴⁾ Se särskilt Tysklands skrivelse av den 9 april 2003, bilagorna 2–4, 8–12 och 17–18.

⁽²⁵⁾ Korrigering genom kommissionens avdrag på grundval av de uppgifter som Tyskland ställt till förfogande.

⁽²⁶⁾ Refinansieringspremie jämfört med amerikanska statsobligationer med samma löptid, se Tysklands skrivelse av den 9 april 2003, s. 27.

⁽²⁷⁾ Delutbetalningen till fast ränta, samma villkor.

⁽²⁸⁾ Refinansieringspremie jämfört med amerikanska statsobligationer med samma löptid, se Tysklands skrivelse av den 9 april 2003, s. 27.

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

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

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

- (171) Därav drar kommissionen slutsatsen att värderingar som bygger på institutionellt ansvar och garantiansvar inte kan användas som indicium för vilken risk investeraren tar på sig. Det som är avgörande för detta är enligt kommissionen snarare det långsiktiga kreditbetyget utan statlig garanti. Tyskland hävdar i detta sammanhang att ett sådant betyg inte kunde bedömas avseende slutet av 1998, eftersom en motsvarande värderingsmetod för alla delstatsbanker utvecklades först efter avtalen om att avveckla statliga garantier, dvs. efter 2001 respektive 2002. Med avseende på detta beslut utgår därför kommissionen ifrån att en investerare i en marknadsekonomi hade utgått från en liknande förlustrisk i fråga om Helaba som vid en investering i en av de privata storbanker som tagits med i marknadsjämförelsen – deras kreditbetyg låg över lag inom A-området – och inte från en reducerad risk som motsvarar det bästa möjliga betyget AAA. Därför framstår inte sänkningen av det rimliga ersättningspåslaget i förhållande till uppgifterna i marknadsjämförelsen motiverad. Dessa skulle snarare kunna tillämpas direkt.
- (172) Av ovanstående skäl skulle kommissionen anse att ersättning för delstaten Hessens passiva deläggande i det undre segmentet av marknadskorridoren inte vore förenlig med marknaden. Med avseende på den undersökta marknadskorridor, som gäller ansvarspremier för passivt deläggande mellan 0,75 % och 1,6 %, ligger det normativa jämförelsevärdet 1,43 % för delstaten Hessens passiva deläggande (efter det att hänsyn tagits till momseffekten) emellertid i det mellersta eller översta segmentet. Mot bakgrund av detta kan kommissionen i fråga om den ursprungliga ersättningen därför inte se att Helaba fick några särskilda förmåner och därmed heller inte något statligt stöd.
- cc) Ligger det avtalade permanenta tillägget på 0,2 % årligen i linje med marknaden (inom ramen för marknadsjämförelsen motsvarar denna procentsats 0,23 % efter det att hänsyn tagits till skatten på näringsverksamhet)?
- (173) Delstaten Hessens passiva deläggande är obegränsat och utgör heller inte något exempel på vad som internationellt kallas *perpetual*. Därigenom skiljer den sig från de flesta andra transaktioner som anförts av Tyskland. Dessa var redan under 1990-talet typiska och hade som regel en löptid på tio eller tolv år
- (174) Ser man abstrakt på marknaden innebär passivt deläggande utan tidsbegränsning att en investerare ställs inför en högre risk för vinstbortfall och räntesvängningar, vilket en premie är tänkt att uppväga, men eftersom ingen likviditet tillhandahålls, spelade risken för räntesvängningar ingen roll i detta fall. Vidare inskränkte delstaten sin möjlighet att disponera det passiva deläggandet mer än vad som skulle ha varit normalt vid en tidsbegränsning.⁽³¹⁾ Att det passiva deläggandet inte är tidsbegränsat ger samtidigt Helaba det ekonomiska mervärdet att den kan godkännas som primärt kapital över den ovannämnda 15 %-gränsen, vilket också skedde i det konkreta fallet. Detta framgår av den ovannämnda s.k. "Sydneyförklaringen" som Baselkommittén för banktillsyn utställde i oktober 1998.
- (175) Därför avtalade delstaten Hessen och Helaba om ännu en premie för den ursprungliga ersättningen, den s.k. permanenta premien på 0,2 % årligen. Med hänsyn till den ovan diskuterade näringskatteeffekten stiger den normativa nivån för marknadsjämförelser till 0,23 % årligen.
- (176) Vid bedömningen av hur denna sats på 0,23 % årligen är förenlig med principen om en investerare i en marknadsekonomi, kan man endast i ringa omfattning eller inte alls utgå från marknadsuppgifter från den period då transaktionerna genomfördes. Tyskland menar att när transaktionen utformades agerade Helaba och delstaten Hessen som en sorts marknadspionjärer för att i samråd med ansvariga banktillsyns- och finansmyndigheter till fullo få den godkänd som primärt kapital över 15 %-gränsen. Enligt uppgift från Tyskland var transaktionen uppenbart den första i sitt slag. I slutet av 1998 hade avtalsparterna ännu ingen tillgång till komparativa uppgifter om varaktighetspremiens överensstämmelse med marknadens principer, eftersom ingen öppen marknad för permanent passivt deläggande kunde bildas under perioden mellan "Sydneyförklaringen" från den 28 oktober 1998 och den 1 december 1998.
- (177) Kommissionen noterar för det första att en offentlig investerare eller en offentlig bank inte kan förhindras från att uppträda som marknadspionjär. En marknadspionjär måste t.o.m. få ett större spelrum vid fastställandet av villkoren än vad som är fallet det på marknaden finns fastställda riktmärke som avgör vilken normativ marknadskorridor som skall ligga till grund för marknadstestet. Sålunda kan kommissionen i alla fall pröva huruvida fastställandet av varaktighetspremier var felaktigt i ekonomiskt hänseende, dvs. byggde på felaktiga premisser.
- (178) För att kunna pröva detta måste därför marknadsdata från senare tid anföras. Enligt kommissionens uppfattning kan man inte utgå ifrån att en premie för ett passivt deläggandes varaktighet varierar mycket över tiden. Från marknaden
- ⁽³¹⁾ Detta innebär inte automatiskt att delstaten "för evigt" har förbundit sig till Helaba eller att den aldrig mer kan komma att förfoga över medlen i det passiva deläggandet. Dessutom kan delstaten mot en särskild avgift och med Helabas godkännande avträda sina rättigheter i det passiva deläggandet till en tredje part. Det passiva deläggandets funktibilitet har alltså inte nödvändigtvis reducerats till noll.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

dd) Rimlig hänsyn till likviditetsnackdelar

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

e) **Stödinslaget**

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

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

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

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

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

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

f) **Preliminärt resultat**

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

1.3. SNEDVRIDNING AV KONKURRENSEN OCH PÅVERKAN PÅ HANDELN MELLAN MEDLEMSSTATER

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

1.4. RESULTAT

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

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

2. BEDÖMNING AV FÖRENLIGHETEN MED DEN GEMENSAMMA MARKNADEN

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

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

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

3. INGET KVARVARANDE STÖD

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

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

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

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

VII. SLUTSATSER

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

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

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

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

Artikel 2

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

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

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

Artikel 3

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

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

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

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

Artikel 4

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

Artikel 5

Detta beslut riktar sig till Förbundsrepubliken Tyskland.

Utfärdat i Bryssel den 20 oktober 2004.

På kommissionens vägnar
Neelie KROES
Ledamot av kommissionen

⁽⁴¹⁾ EUT L 140, 30.4.2004, s. 1.

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 25 januari 2006

om det statliga stöd som Nederländerna beslutat att bevilja till förmån för AZ och AZ Vastgoed BV*[delgivet med nr K(2006) 80]***(Endast den nederländska texten är giltig)****(Text av betydelse för EES)**

(2006/743/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR FATTAT FÖLJANDE 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 i detta,

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

av följande skäl:

I. FÖRFARANDE

- (1) Genom skrivelser som diariefördes den 26 juni och den 6 februari 2003 har kommissionen fått ta emot klagomål på det stöd som Nederländerna beviljat till förmån för fotbollsklubben AZ Almeer. Under den inledande undersökningen av klagomålen försåg de nederländska myndigheterna kommissionen med kompletterande uppgifter.
- (2) Genom en skrivelse av den 23 juli 2003 underrättade kommissionen Nederländerna om sitt beslut att inleda det förfarande som anges i artikel 88.2 i EG-fördraget avseende denna stödåtgärd. Kommissionens beslut att inleda förfarandet har offentliggjorts i Europeiska unionens officiella tidning ⁽²⁾. Kommissionen har uppmanat berörda parter att inkomma med sina synpunkter på stödet i fråga.
- (3) Nederländerna begärde förlängning av tidsfristen för att lämna synpunkter, vilket godtogs. Nederländerna svarade på beslutet om att inleda förfarandet genom skrivelser som diariefördes den 29 oktober och 5 november 2003.
- (4) I december 2003 mottog kommissionen olika skrivelser med synpunkter från berörda parter. Dessa parter överände närmare synpunkter genom skrivelser som diariefördes den 9 februari, 6 april och 6 oktober 2004.
- (5) Våren 2004 erfor kommissionen att kommunen Almeer avsåg att omförhandla avtalet med AZ och AZ Vastgoed.

⁽¹⁾ EUT C 266, 5.11.2003, s. 8.⁽²⁾ EUT C 266, 5.11.2003, s. 8.

Genom en skrivelse av den 3 juni 2004 begärde kommissionen därför närmare upplysningar från de nederländska myndigheterna som svarade genom en skrivelse av den 5 juli 2004. De nederländska myndigheterna svarade att kommunen, AZ och AZ Vastgoed verkligen övervägde att sluta ett nytt avtal. De vidhöll att avtalet inte kunde genomföras p.g.a. Amsterdams tingsrätts beslut om att häva det ⁽³⁾. De nederländska myndigheterna tillhandahöll närmare upplysningar genom en skrivelse som diariefördes den 5 november 2004. I denna skrivelse fastställs att ett nytt avtal slutits mellan parterna och att det gamla avtalet hävts.

II. BESKRIVNING

- (6) Den 7 december 2001 slöt Alkmaars kommun ett avtal med Stichting AZ och AZ Vastgoed BV (nedan kallade "AZ" och "AZ Vastgoed") om en ny plats för fotbollsstadion. Detta avtal mellan å ena sidan Almeer och AZ och AZ Vastgoed å den andra gällde fyra transaktioner i samband med försäljningen av diverse tomter.
- (7) Enligt de nederländska myndigheterna såldes två tomter till AZ och AZ Vastgoed för byggnation av en ny stadion, affärslokaler och parkeringsplatser. Alkmaars kommun sålde tomten där stadion nu står till AZ. AZ och AZ Vastgoed skulle riva den gamla stadion, utveckla tomten och bygga 150 lägenheter. Slutligen såldes också en tomt till AZ för byggnation av träningsanläggningar. Avtalet innehåller skyldigheter för köparna. AZ och AZ Vastgoed måste anlägga och underhålla viss infrastruktur.
- (8) I juli 2003 beslöt kommissionen att inleda förfarandet. Om avtalet innehöll statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget kunde det nämligen dras i tvivel om stödet till AZ och AZ Vastgoed är förenligt med EG-fördraget.
- (9) I och med att Amsterdams tingsrätt i april 2004 beslöt om ett återkallande av genomförandet av avtalet, överfördes tomten aldrig enligt avtalet av den 7 december 2001.

⁽³⁾ Gerechtshof Amsterdam, 1.4.2004, LJN: AO6912, 206/03 KG (www.rechtspraak.nl).

- (10) I november 2004 meddelade de nederländska myndigheterna kommissionen också att avtalet mellan Alkmaars kommun och AZ och AZ Vastgoed hävts.
- (11) Enligt Nederländerna fördes nya förhandlingar och tomtorna hade blivit föremål för en expertutvärdering i enlighet med kommissionens meddelande om inslag av statligt stöd i offentliga institutioners försäljning av tomter och byggnader ⁽¹⁾. Efter denna utvärdering slöts ett nytt avtal mellan kommunen och Egedi BV (AZ Vastgoeds rättsliga uppföljare).
- (12) Därför har det avtal som är föremål för förfarandet alltså hävts. Därför skall det formella undersökningsförfarandet avslutas.

III. SLUTSATS

- (13) Eftersom det avtal som det formella undersökningsförfarandet gällde hävts, saknar förfarandet nu grund.
- (14) Därför skall det formella undersökningsförfarandet enligt artikel 88.2 i EG-fördraget avseende ovanstående avtal

mellan å ena sidan Alkmaars kommun och AZ och AZ Vastgoed å den andra avslutas.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Härmed avslutas det formella undersökningsförfarandet enligt artikel 88.2 i EG-fördraget som inleddes den 23 juli 2003 mot AZ och AZ Vastgoed.

Artikel 2

Detta beslut riktar sig till Konungariket Nederländerna.

Utfärdat i Bryssel den 25 januari 2006.

På kommissionens vägnar

Neelie KROES

Ledamot av kommissionen

⁽¹⁾ EGT C 209, 10.7.1997, s. 3.

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 8 mars 2006

Om det statliga stöd som Tyskland har genomfört till förmån för Magog Schiefergruben GmbH & Co. KG

[delgivet med nr K(2006) 641]

(Endast den tyska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2006/744/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR FATTAT DETTA BESLUT

med beaktande av fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, särskilt artikel 88.2.1 i detta,

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

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:

I. FÖRFARANDE

- (1) Den 12 november 2003 inkom till kommissionen en besvärsskrivelse från en tysk konkurrent till Magog om att statligt stöd enligt uppgift beviljats till förmån för Schiefergruben Magog GmbH & Co. KG ("Magog"). Kommissionen begärde den 25 november 2003 upplysningar från Tyskland i ärendet, vilka inkom genom en skrivelse av den 4 mars 2004, som diariefördes samma dag.
- (2) Den 6 oktober 2004 inledde kommissionen det formella granskningsförfarandet med avseende på stödet i fråga. Kommissionens beslut att inleda förfarandet har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning* ⁽²⁾. Kommissionen har uppmanat alla berörda parter att inkomma med sina synpunkter på det förmodade stödet. Med anledning härav inkom den 14 december 2004 genom en skrivelse, som diariefördes den 16 december 2004, kommentarer från Rathscheck Schiefer und Dach-Systeme KG, I.B. Rathscheck Söhne KG Moselschiefer-Bergwerke och Theis-Böger GmbH ("Rathscheck och Theis-Böger") och genom en skrivelse av den 7 december 2004, som diariefördes den 13 december 2004, ett yttrande från tredje man som vill förbli anonym.
- (3) Yttrandena översändes till Tyskland genom skrivelser av den 3 januari 2005 och den 7 juli 2005. Tyskland svarade genom en skrivelse av den 11 mars 2005, som diariefördes samma dag, och en skrivelse av den 31 augusti 2005, som diariefördes den 1 september 2005.

- (4) Tyskland svarade på inledandet av det formella granskningsförfarandet genom en skrivelse av den 6 december 2004, som diariefördes den 13 december 2004. Kommissionen begärde den 5 oktober 2005 kompletterande upplysningar, som Tyskland lämnade genom en skrivelse av den 15 november 2005, diarieförd den 16 november 2005. Bilagorna lämnades genom en skrivelse av den 18 november 2005, som diariefördes den 24 november 2005. Genom en skrivelse av den 21 december 2005, som diariefördes samma dag, lämnade Tyskland kompletterande upplysningar.

II. BESKRIVNING AV STÖDET**2.1. Det stödmottagande företaget**

- (5) Det stödmottagande företaget Magog med säte i Bad Fredeburg, Nordrhein-Westfalen, arbetar med skifferproduktion. Företaget hade 43 anställda år 2002, och balansomslutningen understeg fem miljoner euro. Då företaget är fristående skall det betraktas som ett litet företag i den mening som avses i kommissionens rekommendation av den 6 maj 2003 om definitionen av mikroföretag samt små och medelstora företag ⁽³⁾.

2.2. Projektet

- (6) På förslag av Westfälischer Schieferverband e.V. lämnade delstaten Nordrhein-Westfalen åren 2002 och 2003 stöd till ett projekt för att utveckla ett nytt förfarande för att tillverka takskeer, kallat "Utveckling och provning av datorstödd robotiserad produktion av takskeer". Projektet genomfördes av Magog, som är medlem av Westfälischer Schieferverband, i samarbete med en högskola för ekonomi och teknik.
- (7) Enligt uppgift från Tyskland var målet med projektet att utveckla en innovativ teknik för att bearbeta takskeer i syfte att minska hälsoriskerna för de anställda. Den dittills i huvudsak manuella bearbetningen av takskeer var fysiskt påfrestande för de anställda. Enligt Tysklands synsätt bidrog projektet i hög grad till att förbättra säkerheten i arbetet och tjänade som ett mönster för all tillverkning av takskeer.

⁽¹⁾ EUT C 282, 19.11.2004, s. 3.

⁽²⁾ Se fotnot 1.

⁽³⁾ EUT L 124, 20.5.2003, s. 36.

- (8) Enligt förslaget indelades hela projektet "Utveckling och provning av datorstödd robotiserad produktion av takskeer" i tre faser. Först skulle en prototyp utvecklas, därefter skulle en hall byggas och i den tredje fasen skulle den nya tekniken införas.
- (9) Delstaten Nordrhein-Westfalen lämnade endast stöd till den första fasen. Kostnaderna för denna beräknades från början till 1 293 110 euro, varav delstaten Nordrhein-Westfalen skulle svara för 60 %, dvs. 775 866 euro. De verkliga kostnaderna för den första fasen uppgick till 1 223 945 euro, varav delstaten Nordrhein-Westfalen svarade för 702 093 euro (57 %).
- (10) De slutgiltiga kostnaderna för den första fasen fördelar sig på följande sätt

tabell 1

	EURO
Genomförbarhetsstudie	25 565
Utveckling av en prototyp (anläggning 1)	464 410
Utveckling och uppförande av två produktionsanläggningar (anläggningarna 2 och 3)	733 970
Summa	1 223 945

- (11) Magog infortrade anbud på en genomförbarhetsstudie för utveckling av datorstödd robotiserad produktion av takskeer som blev klar i mars 2002. Kostnaderna för studien uppgick till 25 565 euro.
- (12) Efter genomförbarhetsstudien projekterades och uppfördes på Magogs område en prototyp (anläggning 1) som inte var avsedd för kommersiell produktion, utan endast för provändamål. Proven genomfördes i november och december 2002, och prototypen demonterades i januari 2003 i sina beståndsdelar. Kostnaderna för prototypen uppgick till 464 410 euro.
- (13) Utifrån de erfarenheter som vunnits vid provningen av prototypen uppförde företaget en anläggning för kommersiell produktion. Provingen hade visat att eftersom takskeer framställs i olika storlekar krävs minst två anläggningar för kommersiell produktion. Den första anläggningen som kunde användas för kommersiell produktion uppfördes i januari 2003 (anläggning 2), den andra i april 2003 (anläggning 3). Under 2003 provades anläggningarna 2 och 3 vidare för att ytterligare förbättra deras funktion. Sedan början av 2004 löper produktionen i anläggningarna 2 och 3 utan problem. Kostnaderna för dessa anläggningar uppgår till 733 970 euro.

- (14) Fas 1, som beskrivs i punkterna 8–13, ingick i ett samlat koncept för att modernisera Magogs tillverkningsprocess och bestod av flera faser. Faserna 2 och 3 påbörjades 2003 och avslutades 2005. Dessutom investerade man sedan 2002 i skifferbrytning (ortdrivning). Enligt uppgift från Tyskland innefattade faserna 2 och 3 och ortdrivning följande investeringar, som ingick i den allmänna moderniseringsplanen

tabell 2

	EURO
1 Hall 2002	16 576
2 Hall 2005	213 175
3 Såg	267 774
4 Vattenrening	35 740
5 Kontorsanknytning	2 570
6 Avrivare	105 840
7 Patentkostnader	65 128
8 Ortdrivning 2002–2005	557 378
9 Ortdrivning 2006–2007	176 800
10 Personalkostnader, projektledare/ ingenjör 2004/2005	84 247
11 Rivning av industribyggnad	8 245
12 Arkitektarvode	5 733
Summa	1 539 205⁽¹⁾

⁽¹⁾ Summan är inte helt exakt, vilket beror på avrundning.

- (15) Kostnaderna på 16 576 euro för "hall 2002" avser reparation och renovering av en befintlig såghall år 2002 (punkt 1 i tabell 2).
- (16) Investeringarna i "hall 2005" avser en tidigare lagerhall som byggdes om grundligt under 2004 och 2005 och nu används i produktionen (punkt 2). Hallen behövde byggas om för att skapa utrymme för den nya tillverkningsprocessen med en nykonstruerad robot. Ombyggnaden av hallen omfattar också uppförande av en ny såg (punkt 3), som behövdes för att bygga in den nya roboten.
- (17) Den nya produktionsprocessen krävde också en ny vattenreningsanläggning för att kyla den nya sågen (punkt 4), som är större än den gamla och därför behöver mera vatten. Kostnaderna för kontorsanknytning (punkt 5) har också samband med investeringarna i hall 2005 och sågen.

- (18) Avrivaren (punkt 6) är en mobil maskin som används vid skifferbrytning i brottet och som Magog inköpte 2004.
- (19) Patentkostnaderna i punkt 7 är advokatkostnader för ansökan av patent som rör projektet.
- (20) Kostnaderna för skifferbrytning under 2002–2005 är investeringar för ortdrivning (punkt 8). För åren 2006 och 2007 redovisas de kostnader företaget beräknar för ortdrivning under de båda åren (punkt 9). Kostnaderna för projektledare och ingenjör 2004/2005 (punkt 10) har samband med den gruvdrift som nämns i punkterna 8 och 9.
- (21) Kostnaderna för rivning av en byggnad (punkt 11) uppkom i juli 2005 och avsåg rivning av en inte närmare specificerad industribyggnad.
- (22) Arkitektarvodet (punkt 12) fördelar sig på 3 600 euro för uppförande av "hall 2005" och 2 133 euro för andra ändamål.

2.3. Den finansiella åtgärden

- (23) Delstaten Nordrhein-Westfalen har beviljat ett stöd av 702 093 euro till "Teknologiprogram gruvdrift". Målet för programmet var att stödja projekt som bidrar till att skydda säkerheten och hälsan för de anställda i gruvdriften och att förbättra miljöskyddet i denna. Potentiella mottagare av stödet till programmet var teknisk-vetenskapliga samhällsinstitutioner. Programmet upphörde vid utgången av år 2003.
- (24) Beslutet om stöd togs den 19 december 2001. Stödet betalades ut genom flera delbetalningar mellan augusti 2002 och december 2003, allteftersom projektet fortskred.
- (25) Magog förfogar över all äganderätt och nyttjanderätt till projektets resultat. Företaget måste till delstaten Nordrhein-Westfalen betala delar av den vinst som eventuellt uppstår vid tillämpning av resultaten. Stödet beviljades på villkor att resultaten av projektet skulle få vid spridning. Magog måste offentliggöra resultaten i minst en erkänd tysk facktidskrift. Enligt uppgift från Tyskland har Magog beviljat licens till en konkurrent. En artikel om resultaten har publicerats i gruvföreningens tidskrift "Bergbau".

III. SKÅL TILL INLEDANDET AV DET FORMELLA GRANSKNINGSFÖRFARANDET

- (26) Kommissionen inledde det formella granskningsförfarandet eftersom den ifrågasatte om den finansiella åtgärden inte

utgjorde statligt stöd, vilket Tyskland hävdar. Enligt kommissionens uppfattning gav stödåtgärden Magog en selektiv fördel, då införandet av ny teknik förbättrade företagets produktivitet och konkurrenskraft utan att det behövde bära alla kostnader. Kommissionen ansåg dessutom att handeln mellan medlemsstaterna påverkades.

- (27) Beträffande möjliga undantag enligt artikel 87.3 i EG-fördraget fastställde kommissionen först att Magog inte har sitt säte i något stödområde enligt artikel 87.3 a eller 87.3 c i EG-fördraget.
- (28) Enligt kommissionens uppfattning skulle projektet möjligen kunna betraktas som ett investeringsprojekt i den mening som avses i kommissionens förordning (EG) nr 70/2001 av den 12 januari 2001 om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statligt stöd till små och medelstora företag⁽⁴⁾, men den ifrågasatte om inte den tillåtna övre gränsen för bruttostödsnivån på 7,5 % av de stödberättigande investeringskostnaderna för medelstora företag och 15 % för små företag överskreds.
- (29) Kommissionen övervägde också om en del av projektet kunde anses vara utveckling innan varan introduceras på marknaden enligt gemenskapsramarna för statligt stöd till forskning och utveckling⁽⁵⁾, enligt vilka statligt stöd till grundforskning, industriell forskning och utveckling innan varan introduceras på marknaden är tillåten. Den ifrågasatte dock om inte den tillåtna högsta stödnivån på 35 % för små och medelstora företag (SMF) överskreds.
- (30) Kommissionen förklarade också att den skulle granska stödets förenlighet med det gemensamma intresset i allmänhet, och i synnerhet målet att skydda de anställdas hälsa och säkerhet i den mening som avses i artikel 137 i EG-fördraget.

IV. KOMMENTARER FRÅN BERÖRDA PARTER

- (31) Kommissionen har mottagit kommentarer från Rathscheck och Theis-Böger samt från en konkurrent som vill förbli anonym.

4.1. Rathscheck och Theis-Böger

- (32) I sina synpunkter på inledandet av det formella granskningsförfarandet förklarar Rathscheck och Theis-Böger att takschiffermarknaden är en enhetlig marknad, och att det inte finns någon separat marknad för "Altdeutsche Deckung" (gammaltysk täckning). Även om "Altdeutsche Deckung" vore en separat marknad, skulle stöd till denna ändå

⁽⁴⁾ EGT L 10, 13.1.2001, s. 33.

⁽⁵⁾ EGT C 45, 17.2.1996, s. 5.

snedvridda konkurrensen, då den nya roboten också kan användas vid tillverkning av vanlig takskeer, och spanska skiffertillverkare agerar inte enbart på marknaden för slutprodukten, utan också på marknaden för mellanprodukten. Rathscheck och Theis-Böger påpekar att de i allt större omfattning tillverkar "Altdeutsche Deckung" av spansk råskiffer.

- (33) Beträffande frågan om stödet kan vara förenligt med den gemensamma marknaden förklarar Rathscheck och Theis-Böger att detta inte är fallet, då det gör det möjligt för Magog att erbjuda sina produkter på marknaden till ett lägre pris än konkurrenterna, och till och med till ett lägre pris än spanska företag.
- (34) Rathscheck och Theis-Böger avvisar Tysklands uppgift att stödet inte gynnar Magog. Magog förnekar inte att stödet har gett en klar förbättring av företagets lönsamhet.
- (35) Rathscheck och Theis-Böger lägger också fram bakgrundsinformation om marknaden för takskeer. De påpekar att totalproduktionen i gemenskapen minskat sedan 2001. Spanien, det enda landet som har ett betydande exportöverskott, svarar för 95 % av produktionen i gemenskapen. Alla tillverkare av takskeer i gemenskapen är små och medelstora företag.
- (36) Rathscheck och Theis-Böger förnekar att utveckling av en numeriskt styrd, robotstödd takskeerproduktion skulle vara en äkta innovation. Vanlig takskeer tillverkas sedan åtskilliga år i Spanien med hjälp av högmoderna bearbetningsmaskiner. När det gäller klassning av en del av projektet som utveckling innan varan introduceras på marknaden påpekar Rathscheck och Theis-Böger att gränserna för tillåtna stödnivåer i varje fall inte hade beaktats.
- (37) Rathscheck och Theis-Böger avvisar Tysklands påstående att stödet har lett till en förbättring av personalens arbetsförhållanden. Det kan därför inte anses vara förenligt med den gemensamma marknaden med hänvisning till målet att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet i den mening som avses i artikel 137 i EG-fördraget.

4.2. Konkurrent som vill förbli anonym

- (38) I sina kommentarer till inledandet av det formella granskningsförfarandet påpekar en konkurrent som vill förbli anonym att byggnadsverksamheten i Tyskland och marknaden för taktäckningsmaterial gått tillbaka på senare år. Stöd till en tysk tillverkare gör därför särskilt stor skada. Själv tillverkar han råskiffer som används för framställning av "Altdeutscher Schiefer" (gammaltysk skiffer) i Tyskland.

V. KOMMENTARER FRÅN TYSKLAND

- (39) Tyskland hävdar i sina synpunkter på inledandet av det formella granskningsförfarandet att stödet inte är något statligt stöd, då det inte påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Den skiffer som Magog tillverkar i den nyuppförda anläggningen är särskilt högvärdig takskeer, "Altdeutsche Decksteine" (gammaltysk takskeer). Marknaden för denna skiffer är regional och begränsad till vissa områden i Tyskland. Handeln mellan medlemsstaterna påverkas därför inte.
- (40) Om kommissionen anser att handeln mellan medlemsstaterna påverkas, kan stödet enligt Tysklands uppfattning ändå med hänvisning till artikel 87.3 c i EG-fördraget förklaras som förenligt med den gemensamma marknaden. Stödnivån fyller villkoren för genomförbarhetsstudier innan verksamhet med industriell forskning eller utveckling före det konkurrensutsatta stadiet inleds i ett litet företag i den mening som avses i punkt 5.4 i gemenskapsramarna. Dessutom kan stödet anses vara förenligt med den gemensamma marknaden med direkt hänvisning till artikel 87.3 c i EG-fördraget. Åtgärden är riktad mot ett viktigt gemenskapsmål enligt artikel 137 i EG-fördraget och rör en näringsgren där det inte finns någon intensiv konkurrens i gemenskapen, i den mån konkurrensen överhuvudtaget påverkas. Tyskland lägger dessutom fram en detaljerad projektbeskrivning och en kostnadsspecifikation samt uppgifter om företagets karaktär av SMF.
- (41) I sitt svar på kommentarerna från Rathscheck och Theis-Böger bekräftar Tyskland att handeln mellan medlemsstaterna inte påverkas. Tyskland påpekar att konkurrensen är intensiv på den regionala marknaden. Enligt Tysklands uppfattning leder ett genomförande av projektet inte till att Magogs produktionskostnader minskar. Projektet är dessutom stödberättigat även enligt gemenskapsramarna för statligt stöd till forskning och utveckling, varför stödet kan anses vara förenligt med den gemensamma marknaden. Tyskland betvivlar riktigheten i uttalandet från Rathscheck och Theis-Böger att de tillverkar "Altdeutsche Deckung" av spansk råskiffer.

- (42) När det gäller synpunkterna från konkurrenten som vill förbli anonym anmärker Tyskland att den robot till vilken stöd beviljats inte används vid tillverkning av den vanliga skiffer som dominerar i Spanien. Någon snedvridning av konkurrensen med spansk skiffer förekommer därför inte. Kommentaren från den konkurrent som vill förbli anonym att han tillverkar skiffer som används för framställning av "Altdeutscher Schiefer" i Tyskland är felaktig.

VI. **BEDÖMNING****6.1. Förekomst av stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget**

- (43) 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 snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den gemensamma marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna. Enligt domstolens rättspraxis uppfylls villkoren för en påverkan av handeln om det stödmottagande företaget bedriver en näringsverksamhet som är föremål för handel mellan medlemsstaterna.
- (44) Enligt kommissionens uppfattning är projektet och stödet från delstaten Nordrhein-Westfalen en fördel för Magog. Företaget har fått stöd till modernisering av sin tillverkningsprocess genom uppförande av nya anläggningar. Detta bekräftas också av uppgiften på företagets webbplats att projektet genomfördes för att automatisera tillskärningsförfarandet, så att företaget kan tillverka kvalitativt högvärdig skiffer till förmånligt pris och därmed förbättra sin konkurrenskraft. Stödet gynnar Magog, då företaget inte hade kunnat skaffa kapital på samma villkor på marknaden, och hotar därmed att snedvrیدا konkurrensen.
- (45) När det gäller påverkan på handeln mellan medlemsstater fastställer kommissionen att den speciella, kvalitativt högvärdiga takschiffer som Magog tillverkar inte bildar någon separat marknad utan skall anses ingå i den samlade marknaden för takschiffer. Tyskland hävdar att tillverkning och försäljning av "Altdeutsche Deckung" skulle vara begränsad till vissa regioner, och att "Altdeutsche Deckung" på efterfrågesidan med hänsyn till pris och användning inte kan ersättas med vanlig takschiffer. Kommissionen anser dock att det faktum att "Altdeutsche Deckung" är dyrare än vanlig takschiffer och bara efterfrågas av vissa förbrukare med särskilt intresse för historia inte motiverar att "Altdeutsche Deckung" betraktas som en separat marknad.
- (46) Enligt de klagande uppgår den totala produktionen av takschiffer i gemenskapen till 743 000 ton. Spanien är den utan jämförelse största tillverkaren och exporterar en stor del av sin produktion. Tyskland tillverkar 9 000–100 000 ton. Enligt uppgift från Tyskland importerades år 2002 mer än 100 000 ton spansk takschiffer till Tyskland. Kommissionen konstaterar därför att det förekommer handel mellan medlemsstaterna på marknaden för takschiffer och att Magog konkurrerar med tillverkare i andra medlemsstater.
- (47) Åtgärden genomförs av delstaten Nordrhein-Westfalen. Den finansieras alltså med hjälp av statliga medel och skall betraktas som statligt stöd.

- (48) Därför konstaterar kommissionen att stödet skall betraktas som statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget, varför dess förenlighet med den gemensamma marknaden skall granskas.

6.2. Undantag enligt artikel 87.2 och 87.3 i EG-fördraget

- (49) I artikel 87.2 och 87.3 i EG-fördraget föreskrivs undantag från det generella förbudet mot stöd i artikel 87.1.
- (50) Undantagen i artikel 87.2 i EG-fördraget är inte tillämpliga i detta fall, då stödet varken är av social karaktär och ges till enskilda konsumenter, skall avhjälpa skador som orsakats av naturkatastrofer eller andra exceptionella händelser eller ges till näringslivet i något av de områden i Förbundsrepubliken Tyskland som påverkats genom Tysklands delning.
- (51) När det gäller möjliga undantag enligt artikel 87.3 i EG-fördraget skall först konstateras att projektet inte genomförs i något stödområde enligt artikel 87.3 a eller 87.3 c i EG-fördraget och därför inte kan komma i fråga för regionalstöd.

Forskning och utveckling

- (52) Enligt kommissionens förordning (EG) nr 364/2004⁽⁶⁾ av om ändring av förordning (EG) nr 70/2001 för att utvidga tillämpningsområdet till att omfatta stöd till forskning och utveckling medges statligt stöd till små och medelstora företag för grundforskning, industriell forskning och utveckling innan varan introduceras på marknaden. Även om det aktuella stödet beviljades innan förordning (EG) nr 364/2004 trädde i kraft, är förordning (EG) nr 70/2001 i dess ändrade lydelse tillämplig, då enligt artikel 9 a i denna enskilt stöd som beviljas innan förordning (EG) nr 364/2004 träder i kraft, utan kommissionens godkännande och i strid med den anmälningsskyldighet som fastställs i artikel 88.3 i fördraget, ändå skall vara förenligt med den gemensamma marknaden om det uppfyller alla de villkor som anges i förordning (EG) nr 70/2001 i dess ändrade lydelse.
- (53) I artikel 2 i förordning (EG) nr 70/2001 definieras grundforskning som en fördjupning av allmän vetenskaplig och teknisk kunskap som inte är knuten till industriella eller affärsmässiga mål. Industriell forskning definieras som planerad forskning eller kritisk analys, som syftar till att utveckla ny kunskap, för att sådan kunskap skall kunna användas för att utveckla nya produkter, tillverkningsprocesser eller tjänster, eller för att markant förbättra befintliga produkter, tillverkningsprocesser eller tjänster. I det här aktuella projektet är det fråga om utveckling av en prototyp och två anläggningar som skall ingå i produktionen, och definitivt inte grundforskning eller industriell forskning.

⁽⁶⁾ EUT L 63, 28.2.2004, s. 22.

- (54) I samma artikel definieras utveckling innan varan introduceras på marknaden som överföring av industriella forskningsresultat till en metod, utkast eller skiss till nya, ändrade eller förbättrade varor, processer eller tjänster oberoende av om de är avsedda för försäljning eller användning, fram till skapandet av den första prototypen som dock inte skall kunna användas i kommersiella syften. Det kan även inbegripa alternativa konceptuella utformningar och skisser av varor, processer eller tjänster och inledande demonstrationer eller pilotprojekt under förutsättning att dessa projekt inte kan omvandlas eller användas för industriell tillämpning eller kommersiell exploatering.
- (55) Kommissionen konstaterar att projektets första fas innebar att en prototyp och två anläggningar utvecklades och därefter togs i bruk i produktionsprocessen. Uppförande av de två sistnämnda anläggningarna kan inte kallas utveckling innan varan introduceras på marknaden, då de användes i produktionen. Likväl kan utveckling av prototypen enligt kommissionens mening betraktas som utveckling innan varan introduceras på marknaden. Prototypen ingår i ett projekt för att förbättra tillverkningsprocessen. Den används inte i produktionen, då den monterades ner 2003. När det gäller den innovativa karaktären noterar kommissionen att den utvecklade prototypen enligt Tyskland tydligt skiljer sig från de bearbetningsmaskiner som används för produktion av vanlig skiffer i Spanien och som inte lämpar sig för tillverkning av "Altdeutsche Deckung". För övrigt fick Magog patent i anslutning till att projektet omsattes i praktisk drift.
- (56) Enligt artikel 5a.3 i förordning (EG) nr 70/2001 får stöd till utveckling i små och medelstora företag innan varan introduceras på marknaden inte överstiga 35 % brutto av de stödberättigande projektkostnaderna. Enligt artikel 5a.4 kan den högsta stödnivån höjas med tio procentenheter om projektresultaten får en omfattande spridning genom tekniska och vetenskapliga konferenser eller offentliggörs i fackgranskade vetenskapliga och tekniska tidskrifter.
- (57) En del av resultaten gjordes tillgängliga för ett annat företag genom licens. Dessutom kommer resultaten av projektet att offentliggöras i en facktidsskrift. Kommissionen konstaterar därför att stödnivån 35 % kan höjas med ytterligare 10 procentenheter, vilket ger en tillåten högsta stødsats på 45 %. Då kostnaderna för prototypen uppgick till 464 410 euro får stödet vara högst 208 985 euro.
- (58) Dessutom kan genomförbarhetsstudien inom ramen för fas 1 betraktas som en teknisk genomförbarhetsstudie som förberedelse till industriell forskning eller utvecklingsverksamhet innan varan introduceras på marknaden i den mening som avses i artikel 5b i förordning (EG) nr 70/2001, för vilken stödnivån inte får överstiga 75 %. Kostnaderna för genomförbarhetsstudien uppgick till 25 565 euro, vilket ger ett tillåtet stödbelopp på högst 19 174 euro. Sammanlagt uppgår därför det tillåtna stödet enligt förordning (EG) nr 70/2001 till 228 158 euro.
- Investeringar i materiella och immateriella anläggningstillgångar*
- (59) Som redan nämnts i punkt 55 skall uppförandet av anläggningarna 2 och 3, som används för kommersiell produktion, inte betraktas som utveckling innan varan introduceras på marknaden och berättigar därmed inte till forsknings- och utvecklingsstöd. Uppförandet av dessa anläggningar kan dock betraktas som investering i materiella och immateriella anläggningstillgångar i den mening som avses i förordning (EG) nr 70/2001, då det i grunden ändrar Magogs tillverkningsprocess genom att rationalisera och modernisera den nuvarande processen.
- (60) Enligt artikel 4 i förordning (EG) nr 70/2001 medges stöd till investeringar i materiella och immateriella anläggningstillgångar upp till 15 % brutto för små företag. I artikel 2 definieras investering i materiella tillgångar som investering i anläggningstillgångar som hänför sig till skapandet av en ny anläggning, utvidgning av en existerande anläggning, eller igångsättande av en verksamhet som innebär en grundläggande förändring av en existerande anläggningsprodukt eller produktionsprocess (genom rationalisering, omställning eller modernisering). Investeringar i immateriella anläggningstillgångar är investering i överföring av teknik genom förvärv av patenträttigheter, licenser, know-how eller icke patentskyddad teknisk kunskap.
- (61) Kostnaderna för anläggningarna 2 och 3 uppgår till 733 970 euro. Tyskland anser att även kostnaderna för fas 2 och 3 och för ortdrivning bör betraktas som investeringar i materiella och immateriella anläggningstillgångar i den mening som avses i förordning (EG) nr 70/2001 och därmed berättigar till stöd.
- (62) Enligt kommissionens uppfattning kan kostnaderna för uppförande av en hall för den nya produktionsprocessen (punkt 2 i tabell 2), anskaffning av en såg för den nya produktionsprocessen (punkt 3) samt investeringar i vattenrening (punkt 4) och kontorsanknytning (punkt 5) anses vara investeringar i materiella anläggningstillgångar i den mening som avses i förordning (EG) nr 70/2001. Dessa investeringar ingår i projektet för rationalisering och modernisering av Magogs tillverkningsprocess och berättigar därmed till stöd enligt förordning (EG) nr 70/2001. Dessutom berättigar enligt kommissionens mening arkitektarvodet för uppförande av "hall 2005" (3 600 euro) till stöd, då det ingår i kostnaderna för "hall 2005". Kostnaderna för dessa åtgärder uppgår till sammanlagt 522 859 euro.
- (63) Till skillnad från Tyskland drar kommissionen däremot slutsatsen att övriga kostnader för fas 2 och 3 och för ortdrivning inte berättigar till stöd. Investeringarna för "hall 2002" (punkt 1 i tabell 2) avser reparation och renovering av en befintlig såghall år 2002 och är därmed rena ersättningsinvesteringar som enligt förordning (EG) nr 70/2001 inte är stödberättigande.

- (64) Avrivaren (punkt 6) är en maskin som används vid skifferbrytning i brottet. Enligt kommissionens uppfattning är inköpet av denna maskin ingen investering i materiella anläggningstillgångar i den mening som avses i förordning (EG) nr 70/2001, utan inköpskostnaden är en ren driftskostnad. Köpet ingår inte i investeringsprojektet för rationalisering och modernisering av Magogs tillverkningsprocess.
- (65) Patentkostnaderna i form av advokatarvode för patentanmälan (punkt 7) har visserligen samband med rationaliserings- och moderniseringsprojektet, men de är inga stödberättigande kostnader i den mening som avses i förordning (EG) nr 70/2001, då de inte avser någon investering i immateriella anläggningstillgångar.
- (66) Kostnaderna för ortdrivning under 2002–2005 (punkt 8) och de beräknade kostnaderna för ortdrivning under 2006–2007 (punkt 9) är enligt kommissionens uppfattning normala driftskostnader och kan inte betraktas som investeringar i materiella anläggningstillgångar i den mening som avses i förordning (EG) nr 70/2001. Detsamma gäller kostnaderna för projektledare och ingenjör 2004/2005, som är knutna till ortdrivningen (punkt 10).
- (67) Dessutom är enligt kommissionens mening de kostnader som uppstod år 2005 för rivning av en byggnad (punkt 11) inte stödberättigande, då rivningen inte ingick i investeringsprojektet för att modernisera och rationalisera tillverkningsprocessen. Den är snarare en del av Magogs normala kommersiella verksamhet och faller därför inte under definitionen av en investering i materiella och immateriella anläggningstillgångar i förordning (EG) nr 70/2001. Inte heller återstående del av arkitektarvodet (punkt 12), som inte berör "hall 2005", ingår enligt kommissionens uppfattning i investeringsprojektet, då detta arvode inte är knutet till investeringar som ingår i moderniserings- och rationaliseringsprojektet.
- (68) Kommissionen konstaterar därför att de enligt förordning (EG) nr 70/2001 stödberättigande kostnaderna för investeringar i materiella och immateriella anläggningstillgångar uppgår till 733 970 euro för fas 1 och 522 859 euro för fas 2 och 3, dvs. sammanlagt 1 256 829 euro. Då den tillåtna stödnivån för småföretag är 15 %, kan ett stödbelopp för investeringar i materiella och immateriella anläggningstillgångar 188 524 euro medges.
- (69) Kommissionen anser inte att någon av gemenskapens övriga riktlinjer eller förordningar som avser stöd till exempelvis undsättning och omstrukturering, miljövård, utbildning, sysselsättning eller riskkapital är tillämplig i detta fall.
- (70) Kommissionen har också undersökt om stödet är förenligt med det gemensamma intresset, och särskilt med målet att

skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet i den mening som avses i artikel 137 i EG-fördraget. Enligt artikel 137 i EG-fördraget understöder och kompletterar gemenskapen medlemsstaternas verksamhet bland annat när det gäller förbättring av arbetsmiljön för att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet samt arbetsvillkoren. Kommissionen konstaterar att stödet inte kan anses vara förenligt med den gemensamma marknaden av detta skäl, då det inte primärt är avsett att förbättra arbetsmiljön för att skydda arbetstagarnas hälsa och säkerhet, utan att rationalisera och modernisera Magogs tillverkningsprocess. Det faktum att projektet (som sidoeffekt) också har bidragit till att förbättra personalens arbetsförhållanden och minskat de manuella arbetsmomenten och bullernivån på arbetsplatsen motsäger inte denna slutsats.

VII. SLUTSATS

- (71) Kommissionen konstaterar att Tyskland olagligen har genomfört stöd till ett belopp av 702 093 euro till Magog i strid med artikel 88.3 i EG-fördraget. Enligt kommissionens uppfattning kan ett belopp på 416 683 euro (228 158 euro till forskning och utveckling och 188 524 euro till investeringar i materiella och immateriella anläggningstillgångar⁽⁷⁾) anses vara förenligt med den gemensamma marknaden enligt förordning (EG) nr 70/2001. Resterande belopp på 285 410 euro är oförenligt med den gemensamma marknaden och skall återkrävas.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Det statliga stöd som Tyskland har genomfört till förmån för Schiefergruben Magog GmbH & Co. KG till ett belopp av 416 683 euro är enligt artikel 87.3 c förenligt med den gemensamma marknaden.

Artikel 2

Det statliga stöd som Tyskland har genomfört till förmån för Schiefergruben Magog GmbH & Co. KG till ett belopp av 285 410 euro är oförenligt med den gemensamma marknaden.

Artikel 3

1. Tyskland skall vidta alla åtgärder som är nödvändiga för att från stödmottagaren återkräva det olagligt beviljade stöd som avses i artikel 2.

2. Återkravet skall ske utan dröjsmål och i enlighet med förfarandena i nationell lagstiftning, förutsatt att dessa förfaranden gör det möjligt att omedelbart och effektivt verkställa detta beslut. Det stöd som skall återkrävas skall innefatta ränta som löper från den dag det olagliga stödet stod till stödmottagarens förfogande till den dag det har återbetalats.

(7) Summan är inte helt exakt, vilket beror på avrundning.

3. Den ränta som skall återkrävas enligt punkt 2 skall beräknas enligt artiklarna 9 och 11 i kommissionens förordning (EG) nr 794/2004 ⁽⁸⁾.

4. Tyskland skall formellt anmoda den i artikel 2 nämnda stödmottagaren att inom två månader från delgivningen av detta beslut återbetala det olagliga och oförenliga stödet med upplupen ränta.

Artikel 4

Tyskland skall inom två månader från delgivningen av detta beslut underrätta kommissionen om vilka åtgärder som har vidtagits för att följa beslutet, och skall för ändamålet använda

det formulär som fogas som bilaga till detta beslut.

Artikel 5

Detta beslut riktar sig till Förbundsrepubliken Tyskland.

Utfärdat i Bryssel den 8 mars 2006.

På kommissionens vägnar

Neelie KROES

Ledamot av kommissionen

⁽⁸⁾ EUT L 140, 30.11.2004, s. 1.

BILAGA

UPPGIFTER OM VERKSTÄLLENDE AV KOMMISSIONENS BESLUT K(2006) 641

1. **Beräkning av det belopp som skall betalas tillbaka**

1.1. Följande uppgifter önskas om det olagliga statliga stöd som har ställts till stödmottagarens förfogande:

Utbetalnings-datum ^(*)	Stödbelopp ^(*)	Valuta	Stödmottagarens namn

^(*) Datum då stödet eller delar av detta ställdes till stödmottagarens förfogande (om utbetalning och återbetalning gjorts som delbetalningar, skriv på skilda rader)

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

Kommentarer:

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

2. **Planerade och redan vidtagna åtgärder för att kräva tillbaka stödet**

2.1. Redogör noggrant för åtgärder som planeras och åtgärder som redan vidtagits för att stödet skall betalas tillbaka omedelbart och effektivt. Ange också vilka alternativa åtgärder som kan vidtas enligt den nationella lagstiftningen för att kräva tillbaka stödet. Ange också den rättsliga grunden för de vidtagna eller planerade åtgärderna, där så är relevant.

2.2. När kommer återbetalningen att vara fullgjord?

3. **Redan återkrävda belopp**

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

Datum ^(*)	Återbetalt belopp	Valuta	Stödmottagarens namn

^(*) Datum då stödet återbetalades

3.2. Bifoga handlingar som styrker att de belopp som anges i tabellen vid punkt 3.1 har betalats tillbaka.

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 8 mars 2006

om statligt stöd till Frankrike för undsättning och omstrukturering av företaget Air Lib

[delgivet med nr K(2006) 649]

(Endast den franska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2006/745/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR ANTAGIT (6)
DETTA BESLUT

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

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

efter att i enlighet med nämnda artiklar ⁽¹⁾ ha gett berörda parter tillfälle att inkomma med synpunkter, och

av följande skäl:

I. FÖRFARANDE

- (1) Genom en skrivelse av den 22 januari 2002 anmälde Frankrike till Europeiska kommissionen ett stöd för undsättning och omstrukturering av flygbolaget Société d'exploitation AOM Air Liberté (nedan kallat 'Air Lib' eller 'företaget').
- (2) Eftersom detta stöd hade genomförts olagligt innan det godkännts av kommissionen registrerades det som ett oanmält stöd NN 42/2002.
- (3) Genom en skrivelse av den 24 januari 2003 (SG (2003) D/228222) underrättade kommissionen Frankrike om sitt beslut att inleda det förfarande som anges i artikel 88.2 i fördraget avseende detta stöd.
- (4) Kommissionens beslut att inleda förfarandet offentliggjordes i *Europeiska gemenskapernas officiella tidning* ⁽²⁾. Kommissionen uppmanade berörda parter att inkomma med sina synpunkter på stödet inom en månad räknat från dagen för offentliggörandet den 11 maj 2003.
- (5) Kommissionen mottog genom skrivelser av den 9 och den 12 maj 2003 synpunkter på frågan från en berörd tredje part. Efter kommissionens förfrågan den 21 maj har denne tredje part gått med på att synpunkterna blir offentliga. Dessa synpunkter har således översänts till Frankrike i en skrivelse den 23 juni 2003, som gavs en tidsfrist på en månad för kommentera dem. Samtidigt överlämnade Frankrike i en skrivelse från den 19 maj 2003 sitt svar angående inledandet av förfarandet.

⁽¹⁾ Beslut av den 21 januari 2003, offentliggjort i *Europeiska unionens officiella tidning*, 11.4.2003, s. 11.

⁽²⁾ Se fotnot på sidan 1.

II. DETALJERAD BESKRIVNING AV STÖDET**Bakgrund**

- (7) Efter det beslut som fattades av de tidigare aktieägarna, framför allt Swissair, att företagen inte längre skulle fullfölja sin investeringsstrategi, och i avsaknad av nya investerare, inleddes vid handelsdomstolen i Créteil den 19 juni 2001 ett förenklat konkursförfarande avseende företagen Air Liberté AOM (tidigare AOM Minerve), Air Liberté och fem dotterbolag. Den 27 juli 2001 godkände domstolen att dessa företags tillgångar övertogs för ett symboliskt belopp av en fransk franc av företaget Holco, och vidare av Holcos eventuella dotterbolag. Air Lib (firmanamnet för Société d'exploitation AOM Air Liberté SA) som är ett dotterbolag till Holco SAS, som i sin tur ägs till nästan 100 % av Jean-Charles Corbet, etablerades i detta syfte den 24 augusti 2001.
- (8) Den 1 augusti 2001 fastställde domstolen även principen för den transaktion som föreslagits av de tidigare aktieägarna enligt vilken Swissair skulle betala ut 1,5 miljard franska franc (motsvarande 228,7 miljoner euro). I början av september 2001, innan företaget gick i konkurs, hade Swissair dock endast betalat ut 1 050 miljoner franska franc (motsvarande 160 miljoner euro). På grund av dessa uteblivna finansiella medel och de ytterligare svårigheter som följde efter händelserna den 11 september 2001 beräknades företaget gå med förlust 2001 och 2002. Frankrike gav därför undsättningsstöd till företaget. Stödet, som beviljades för en period på högst sex månader, med möjlighet till förlängning, uppgick till maximalt 30,5 miljoner euro (200 miljoner franska franc), av vilka 16,5 miljoner euro betalades ut redan den 9 januari 2002. Återstoden på 14 miljoner euro betalades ut den 28 februari 2002. Stödet skulle bara ha kunnat täcka en del av företagets kortsiktiga kapitalbehov. Eftersom det sedan inte följdes av någon som helst anmälan av en omstruktureringsplan för företaget eller något bevis på att lånet återbetalats, meddelade kommissionen Frankrike den 9 juli 2002 att den skulle fortsätta att granska ärendet som ett olagligen beviljat omstruktureringsstöd.

(9) Enligt de uppgifter som förekommit i pressen och på företagets egen Internetsida förefaller företaget ha startat flera nya flyglinjer. Först vintern 2001 till Nordafrika, och från och med april 2002 erbjöds lågprisflygningar i Frankrike under namnet Air Lib Express. I slutet av oktober 2002 startade Air Lib slutligen lågprisflygningar från Paris till Italien. Under tiden framkom det dessutom att företaget hade obetalda kortfristiga skulder som inte betalats och att det hade beviljats särskilda förskott, t.ex. förlängd tidsfrist för inbetalning av sociala avgifter, förskott från Air France och momsbefrielse. Enligt pressen skulle Air Libs totala skuld till olika offentliga organ eller företag den 1 november 2002 ha uppgått till nästan 90 miljoner euro. Ett uppköp av en aktieägare inom gemenskapen, den nederländska koncernen IMCA, hade också planerats.

III. SYNPKTER FRÅN BERÖRDA PARTER

- (10) I sina synpunkter till kommissionen har den berörda tredje parten SA Corse Air International (Corsair), ett franskt flygbolag, huvudsakligen lämnat in juridiska dokument som visar företagets agerande i de franska domstolarna. I själva verket hade Corsair i början av 2003 dragit Air Lib inför handelsdomstolen i Créteil för att få det stöd som Air Lib enligt Corsair hade erhållit förklarad olagligt, få till stånd en återbetalning av stödet samt få den ovan beskrivna kommersiella verksamheten att upphöra, som enligt Corsair byggde på illojala konkurrensmetoder och som var ett resultat av det olagliga stödet.
- (11) Genom ett domstolsbeslut av den 12 februari 2003, och med beaktande av bland annat det förfarande som redan hade inletts av kommissionen, förklarade sig domstolen vara obehörig. Eftersom Corsair upplevde att domstolens dom stred mot domstolens egen beslutspraxis och mot gemenskapens rättspraxis hade företaget, genom den inlämnade informationen, velat få kommissionens ståndpunkt.
- (12) Corsair hade också lagt fram argument till stöd för kommissionens kritik gällande det ursprungliga stödet, företagets affärsutveckling och andra skatteåtgärder som gäller skatter och sociala avgifter som företaget skulle ha åtnjutit.

IV. FRANKRIKES SYNPKTER

- (13) De franska myndigheterna meddelade kommissionen den 19 maj 2003 att eftersom IMCA:s planer på att köpa upp Air Lib hade misslyckats, hade myndigheterna inte kunnat förnya Air Libs tillfälliga verksamhetstillstånd som gick ut den 5 februari 2003. Detta i förening med företagets allvarliga ekonomiska problem gjorde att Air Lib den 13 februari 2003 ingav sin konkursansökan till

handelsdomstolen i Créteil, som den 17 februari fattade ett beslut om likvidation. Likvidationen bekräftades i nästa instans den 4 april.

- (14) Då det inte verkade möjligt att återuppta någon verksamhet omfördelade Paris flygplatssamordnare den 30 mars 2003 de ca 35 000 ankomst- och avgångstider som på så sätt blivit lediga.
- (15) Frankrike har således låtit meddela att det anser att det formella granskningsförfarande som inleddes den 21 januari 2003 inte förefaller ha något syfte eftersom ett likvidationsförfarande utgör en av de lösningar som föreskrivs i gemenskapens riktlinjer för statligt undsättningsstöd.

VI. SLUTSATSER

- (16) Kommissionen noterar att stödmottagaren avslutat all verksamhet utan att den återupptagits av någon tredje part, varken under likvidationsförfarandet eller vid något annat tillfälle. Således har all möjlig snedvridning av konkurrensen som skulle kunna uppkomma till följd av den åtgärd som de franska myndigheterna genomfört till förmån för Air Lib upphört.
- (17) För övrigt påminner kommissionen om att enligt artikel 23 d i gemenskapens riktlinjer för statligt stöd för undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter, som offentliggjordes 1999 ⁽³⁾, utgör ett företags likvidation faktiskt ett av de sätt på vilket ett undsättningsstöd kan anses ha upphört.
- (18) Till följd av det som nämnts ovan har det formella granskningsförfarande som påbörjades i januari 2003 i enlighet med artikel 88.2 i EG-inte längre något syfte.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Förfarandet i artikel 88.2 i EG-fördraget som påbörjades den 21 januari 2003 mot företaget Société d'exploitation AOM Air Liberté, kallat Air Lib, förklaras härmed avslutat.

Artikel 2

Detta beslut riktar sig till Republiken Frankrike.

Brüssel den 8 mars 2006.

På kommissionens vägnar

Jacques BARROT

Vice ordförande

⁽³⁾ EGT C 288, 9.10.1999, s. 2.

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 4 april 2006

om den stödordning som Nederländerna planerar att genomföra inom ramen för projektet
Marktpassageplan in Haaksbergen Stöd nr C 33/2005 (f.d. N 277/2004)

[delgivet med nr K(2006) 1184]

(Endast den nederländska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2006/746/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR ANTAGIT
DETTA BESLUTmed beaktande av fördraget om upprättandet av Europeiska
gemenskapen, särskilt artikel 88.2 första stycket,med beaktande av avtalet om Europeiska ekonomiska sam-
arbetsområdet, särskilt artikel 62.1 a,efter att i enlighet med nämnda artiklar ha gett berörda parter
tillfälle att inkomma med synpunkter, och

av följande skäl:

1. FÖRFARANDE

- (1) Genom en skrivelse av den 23 februari 2004, diarieförd den 23 februari 2004, mottog kommissionen ett klagomål om eventuellt stöd avseende ett byggnadsprojekt i Haaksbergen, Nederländerna. Genom en skrivelse av den 15 april 2004 uppmanade kommissionen de nederländska myndigheterna att inkomma med klargöranden om åtgärden. Genom en skrivelse av den 18 maj 2004, diarieförd den 25 maj 2004, meddelade de nederländska myndigheterna kommissionen att åtgärden skulle anmälas inom kort.
- (2) Genom en skrivelse av den 25 juni 2004, diarieförd den 30 juni 2004, meddelade Nederländerna att Haaksbergens kommun planerade att bevilja stöd till de byggföretag som var inblandade i projektet Marktpassageplan. Genom en skrivelse av den 12 juli 2004 begärde kommissionen närmare upplysningar, vilka också tillhandahölls vid ett möte med kommissionen den 8 oktober 2004 och i en skrivelse av den 30 december 2004, diarieförd den 10 januari 2005. Vidare tillhandahöll Nederländerna kompletterande upplysningar genom en skrivelse av den 11 maj 2005, diarieförd den 18 maj 2005.
- (3) Genom en skrivelse av den 21 september 2005 meddelade kommissionen Nederländerna att den hade beslutat att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget avseende stödordningen.
- (4) Kommissionens beslut om att inleda ett förfarande offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* ⁽¹⁾. Kommissionen uppmanade berörda parter att inkomma med synpunkter på stödet. Inga synpunkter inkom.

- (5) Nederländernas svar på inledandet av det formella undersökningsförfarandet skickades till kommissionen genom en skrivelse av den 29 december 2005, diarieförd den 5 januari 2006.

2. BESKRIVNING

2.1. Projektet

- (6) Kommunstyrelsen i Haaksbergen, en kommun med 24 000 invånare i provinsen Overijssel nära gränsen mot Tyskland, närde redan i början av nittiotalet planer på att blåsa nytt liv i stadens eftersatta centrum. Med hjälp av rådgivare gick man igenom flera olika planer för att utrusta stadskärnan med bostäder och butikslokaler av god kvalitet. Varken ett första byggföretag som kommunen ville genomföra projektet tillsammans med eller kommunen själv hade råd att förvärva den tomtmark som krävdes för att genomföra projektet.
- (7) I slutet av nittiotalet förvärvades tomterna av sex byggföretag som slagit sig samman. De presenterade ett projekt som gick ut på att bygga 58 lägenheter och 11 butikslokaler. Projektet omfattade inte offentliga arbeten såsom infrastrukturarbeten; sådana satsningar skulle göras av kommunen. Projektet gällde byggnation av lägenheter och butiker som skulle säljas eller hyras ut till enskilda personer. Det framgick tydligt av beräkningarna att projektet inte skulle bli lönsamt.

2.2. Offentligt stöd

- (8) Eftersom kommunen fäste stor vikt vid att projektet för att blåsa nytt liv i samhällets centrum skulle genomföras av de sex byggföretagen, beslöt kommunstyrelsen – väl medveten om att den kunde räkna med ett bidrag från provinsregeringen – att stödja projektet, främst genom att täcka den väntade förlusten. Kommunen har redan undertecknat samarbetsavtalet med byggföretagen, men det stöd som omnämns i avtalet har ännu inte godkänts.
- (9) Det offentliga stödet kommer främst att beviljas i form av ett bidrag på 2,98 miljoner euro från kommunen till byggföretagen (åtgärd 1). Detta belopp omfattar det ekonomiska stöd på 453 780 euro (1 000 000 nederländska gulden) som provinsen beviljat kommunen för detta projekt, vilket motsvarar projektets väntade förlust, beräknad utifrån uppskattade utgifter och intäkter.

(1) EUT C 333, 29.12.2005, s. 2.

(10) Enligt en av bestämmelserna i samarbetsavtalet skall en oberoende revisor beräkna de faktiska utgifterna och intäkterna efter det att tjänsterna har utförts. Om den faktiska förlust som i efterhand beräknas av den sakkunnige visar sig vara mindre än den budgeterade förlust på grundval av vilken bidraget beviljas, behöver endast 50 % av den del av bidraget som överstiger den faktiska förlusten återbetalas till kommunen. Projektutvecklarna kan m.a.o. behålla resterande 50 % av den del av stödet som inte täcker någon förlust. Denna bestämmelse kallas nedan "bestämmelse om partiell återbetalning". Om förlusten blir större än väntat, höjs emellertid inte det kommunala bidraget.

(11) Bortsett från stödet i form av bidrag (åtgärd 1) har kommissionen inlett ett förfarande avseende tre andra åtgärder som kan omfatta stöd. Den andra åtgärden gäller kostnadsfri överlåtelse av enskilda tomter på projektutvecklarna ⁽¹⁾ (åtgärd 2). Enligt de nederländska myndigheternas anmälan uppgick tomternas värde till 233 295 euro, men kommissionen har inte fått tillgång till någon taxeringsrapport. Med stöd i artikel 49 i plan- och bygglagen (*Wet op de Ruimtelijke Ordening*) skall kommunen stå för 35 % av de kostnader som eventuellt blir resultatet av skadeståndsanspråk efter det att projektet har genomförts (åtgärd 3). Ansvarigheten för resterande 65 % åvilar projektutvecklarna. Slutligen framgår det inte tydligt om kommunen skall sälja tomter och byggnader till projektutvecklarna till bokföringsvärdet eller till marknadsvärdet (åtgärd 4).

(12) Efter genomförandet av projektet skall kommunen kostnadsfritt erhålla ett antal tomter som enligt byggnadslovet skall fungera som offentliga rum. Anmälan innehöll inte någon exakt värdering av de berörda tomterna (åtgärd 2 a).

2.3. Stödmottagarna

(13) De som kommer i åtnjutande av ovannämnda åtgärd är de byggföretag som är engagerade i projektet.

(14) Det första företag som får direkt stöd är Rabo Vastgoed B.V. Detta företag ingår i en stor grupp som verkar på internationell nivå, framförallt inom finanssektorn. Rabo Vastgoed B.V. ansvarar för 25 % av projektet.

(15) Enligt samarbetsavtalet är det andra företaget som får direkt stöd Centrum Haaksbergen B.V. Detta företag har grundats av fem enskilda byggföretag i avsikt att genomföra detta projekt. Samtliga dessa fem företag skall utföra byggarbeten inom ramen för Centrum Haaksbergen B.V. som därför främst är en juridisk konstruktion, avsedd för detta ändamål och utan egen "verklig" ekonomisk verksamhet. På grundval av ovanstående kan man dra slutsatsen att det stöd som beviljas Centrum Haaksbergen överförs till dessa fem företag. Enligt de nederländska myndigheterna står de för

15 % vardera av projektet. Nederländerna har meddelat att RoTij Bouwontwikkeling Oost B.V. verkar på nationell nivå, medan resterande fyra byggföretag – Besathij B.V., Bouwbedrijf Assink Eibergen B.V., Bouwbedrijf Deeterink B.V. och Bouwbuuro Jan Scharenborg B.V. – är regionala eller lokala företag.

(16) Även om företagen kallas "byggföretag" i detta beslut, innebär det inte att deras verksamhet är begränsad bara till byggverksamhet. De ägnar sig både åt planeringen och själva byggandet av fastigheterna.

2.4. Relevanta marknader

(17) De berörda marknaderna är marknaden för byggnation och försäljning av bostäder samt marknaden för byggnation och uthyrning av butikslokaler. I och med att Haaksbergen ligger så nära tyska gränsen är det troligt att vissa nederländska och tyska leverantörer och kunder som verkar på dessa marknader också bedriver verksamhet i grannlandet.

3. SKÅLET TILL ATT INLEDA DET FORMELLA UNDERSÖKNINGSFÖRFARANDET

(18) Kommissionen har inlett det formella undersökningsförfarandet därför att den misstänker att vissa åtgärder som kommunstyrelsen planerar att genomföra innehåller statligt stöd och att den betvivlar att stödet kan betraktas som förenligt med den gemensamma marknaden.

(19) Vad gäller definitionen av den offentliga åtgärden som statligt stöd angav kommissionen i synnerhet att den partiella återbetalningen innebar en fördel för byggföretagen.

(20) Vad gäller eventuella undantag från det allmänna förbudet mot statligt stöd enligt artikel 87.1 noterade kommissionen i första hand att de automatiska undantagen i artikel 87.2 b och c inte var tillämpliga på den aktuella stödatgärden. Inte heller kunde stödet i artikel 87.2 a betraktas som stöd till ett projekt av socialt slag, bl.a. eftersom de nya lägenheterna inte är reserverade för mindre bemedlade personer.

(21) Vad gäller undantag som avses i artikel 87.3, noterade kommissionen att Haaksbergens kommun inte ligger i en stödregion i den mening som avses i artikel 87.3 a och c. Avvikelser från artikel 87.3 b är uppenbarligen inte tillämpliga. Kommissionen har fastlagt olika riktlinjer och rambestämmelser av vilka det framgår under vilka villkor undantag kan göras för stöd enligt artikel 87.3 c. Ingen av dessa riktlinjer förefaller vara tillämplig i föreliggande fall. Också undantaget för stöd till missgynnade storstadsområden ⁽²⁾ har övervägts. Projekt kommer inte i fråga för

⁽¹⁾ De sex byggföretagen har nu förvärvat omkring 90 % av de nödvändiga tomterna från tidigare enskilda ägare.

⁽²⁾ Kommissionens meddelande "Rambestämmelserna för statligt stöd till företag i missgynnade storstadsområden upphör att gälla", EGT C 119, 22.5.2002, s. 21.

ett sådant undantag, bl.a. eftersom Haaksbergen inte är ett storstadsområde i den mening som avses i kommissionens meddelande. Området kan naturligtvis i än mindre grad anses falla under URBAN II-programmet. Slutligen är heller inte undantaget i artikel 87.3 d med avseende på kulturskydd tillämpligt, eftersom projektet gäller nybyggnation och inte renovering av befintliga byggnader eller något annat kulturmål.

4. SYNUNKTER FRÅN BERÖRDA PARTER

- (22) Inga synpunkter från berörda parter har överlämnats till kommissionen.

5. SYNUNKTER FRÅN NEDERLÄNDERNA

- (23) I sitt svar på inledandet av det formella undersökningsförfarandet tillhandahöll de nederländska myndigheterna kompletterande uppgifter om den kostnadsfria överlåtelsen av tomter genom och till kommunen (åtgärd 2 respektive åtgärd 2 a). Den kostnadsfria överlåtelsen av tomter till byggföretagen (åtgärd 2) gäller en yta på 674 m². Kommunen kommer i sin tur att få 1 077 m² (åtgärd 2 a). De nederländska myndigheterna har överlämnat en taxeringsrapport, av vilken det framgår att värdet på den berörda marken uppgår till 135 euro per m².
- (24) Med hänvisning till kommunens försäljning av en annan tomt och en byggnad till byggföretagen (åtgärd 4) tillhandahöll de nederländska myndigheterna upplysningar som visar att transaktionspriset var betydligt högre än det pris som kommunen hade erlagt för samma egendomar några år tidigare.

6. BEDÖMNING AV STÖDÅTGÄRDEN

6.1. Förekomsten av statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget

Statligt stöd

- (25) De fem undersökta åtgärderna inbegriper utan tvekan statligt stöd. Bidraget (åtgärd 1) innebär en direkt överföring av gemenskapsmedel. Överlåtelsen av ägandet av tomter och byggnader förändrar det totala värdet på kommunens fasta tillgångar (åtgärderna 2, 2 a och 4). Genom att slutligen tillhandahålla en garanti som framöver kan leda till utbetalning av medel och genom att inte kräva att någon lämplig garantipremie erläggs inbegriper även den sista åtgärden (åtgärd 3) kommunala medel.

Fördel

- (26) Gemenskapsbidraget (åtgärd 1) innebär en fördel för de företag som kommer i åtnjutande av det; därmed får de nämligen medel som de annars aldrig skulle fått på marknadsvillkor.
- (27) Kommunen kompenseras för sin kostnadsfria överlåtelse av mark (åtgärd 2) genom att den enligt villkoren i samma avtal i gengäld får en större yta (åtgärd 2 a). Enligt den

taxeringsrapport som överlämnats av Nederländerna kommer kommunen att erhålla en nettoyta till ett värde av 54 405 (¹). Totalt sett innebär dessa två åtgärder alltså ingen fördel för byggföretagen.

- (28) Kommunen skall också stå för 35 % av de kostnader som eventuellt kan uppstå p.g.a. skador till följd av projektet (åtgärd 3). I stycke 2.1.2 i kommissionens tillkännagivande om tillämpningen av artiklarna 87 och 88 i EG-fördraget på statligt stöd i form av garantier fastslås följande (²): "Fördelen med en statlig garanti är att staten bär den risk som är knuten till garantin. Normalt sett borde staten få ersättning i form av en lämplig premie för att den bär risken. Om staten avstår från en sådan premie, gynnar detta företaget samtidigt som statens medel tas i anspråk. Därmed kan garantin utgöra statligt stöd enligt artikel 87.1, även om staten aldrig betalar ut några medel. Stödet beviljas vid den tidpunkt då garantin beviljas, inte då garantin åberopas eller då medel betalas ut enligt villkoren i garantin. Bedömningen av om en garanti utgör statligt stöd eller ej, och hur stort stödbeloppet i så fall är, måste göras vid den tidpunkt då garantin ställs." I detta fall noterar kommissionen att den risk som måste utbetalas delvis bestrids av kommunen och att den inte omfattar någon premie för denna partiella garanti. Genom denna åtgärd undgår alltså företagen de kostnader som de normalt måste bestrida inom ramen för byggprojektet, antingen i form av en garanti eller försäkringspremie, eller – om de inte tecknat någon försäkring – i form av förskott på eventuella utbetalningar p.g.a. uppkomna skador. Därför är det inte fråga om någon fördel.
- (29) Vad gäller kommunens försäljning av tomter eller byggnader till byggföretag (åtgärd 4), skingras kommissionens tvivel i beslutet om att inleda förfarandet avseende en möjlig försäljning till det bokförda värdet tack vare de kompletterande uppgifterna från Nederländerna om den köpeskilling som kommunen erlagt för att förvärva tomterna. Av de kompletterande uppgifterna framgår nämligen att kommunen har gjort en ansenlig kapitalvinst på kort tid. Därför har den inte gått miste om några möjliga inkomster. Transaktionen innebär därför ingen fördel för byggföretagen.
- (30) Sammantaget kan det konstateras att två åtgärder innebär en fördel för byggföretagen (åtgärderna 1 och 3), men att detta inte gäller övriga åtgärder (åtgärderna 2, 2 a och 4). De sistnämnda åtgärderna utgör därför inget statligt stöd och kommer därför inte att undersökas närmare.
- (31) I ovanstående genomgång analyseras den eventuella fördelen för byggföretaget. Kommissionen måste undersöka om fördelen inte delvis överförs på dem som köper eller hyr lägenheter och butikslokaler. De kan ju nämligen köpa eller

(¹) Överlåtelse till byggföretagen: 674 m² × 135 euro = 90 990 euro; överlåtelse till kommunen: 1 077 m² × 135 euro = 145 395 euro.

(²) EGT C 71, 11.3.2000, s. 14.

hyra bostäder eller butikslokaler som annars antagligen inte skulle ha varit tillgängliga eller åtminstone skulle ha varit mycket dyrare. Denna fördel vore emellertid indirekt och diffus. Hur det än ligger till med den saken, är det osannolikt att en fördel för 58 hushåll omfattas av reglerna om statligt stöd när det gäller dem som indirekt tar emot stöd och som inte bedriver någon ekonomisk verksamhet. För de ekonomiska aktörerna, såsom exempelvis de 11 butikerna, skulle varje fördel vara väldigt begränsad och i varje fall ligga under den nivå som definieras i förordning om stöd av mindre betydelse. Kommissionen kommer därför att begränsa sin analys till potentiellt statligt stöd till förmån för byggföretag.

Selektivitet

- (32) Åtgärden är klart selektiv, eftersom den är begränsad till de företag som arbetar med projektet.

Snedvridning av konkurrensen

- (33) Tack vare det statliga stödet kommer företagen att genomföra ett annars förlustbringande projekt som går ut på att bygga och sälja eller hyra ut lägenheter och butikslokaler. Därmed innebär stödet en direkt snedvridning av konkurrensen i och med att nya lägenheter och butiker fogas till det befintliga beståndet.
- (34) Vidare kan det innebära en snedvridning av konkurrensen om det statliga stödet överstiger den förlust som företagen gjort inom ramen för projektet. Med hjälp av detta "extra" bidrag skulle de exempelvis kunna ta ut lägre priser i sambands med *framtida* byggprojekt, och de skulle även kunna använda dessa medel till annan verksamhet. Kommissionen påpekar att denna snedvridning inte skulle uppträda om företagen vore tvungna att, på grundval av den faktiska förlusten framräknad av revisor i efterhand, helt och hållet återbetala den del av bidraget som går utöver förlusterna. Kommissionen konstaterar att bestämmelsen om partiell återbetalning innebär att företagen kan behålla 50 % av den del av bidraget som inte täcker någon förlust. En sådan extra snedvridning kan därför inte uteslutas.

Inverkan på handeln mellan medlemsstaterna

- (35) Kommissionen noterar att Haaksbergen ligger nära tyska gränsen. Därför återfinns ett antal tyska byggföretag på marknaden för byggnation och försäljning eller uthyrning av lägenheter och butikslokaler. Dessutom påpekar kommissionen att ett antal av de berörda företagen är internationellt verksamma. Därför föreligger en potentiellt negativ inverkan på handeln mellan medlemsstaterna.
- (36) Bidraget (åtgärd 1) och den partiella garantin (åtgärd 3) kan enligt artikel 87.1 i EG-fördraget betecknas som statligt stöd. Den kostnadsfria överlåtelsen netto av tomter (åtgärd 2 och 2 a som vidtas gemensamt) inklusive försäljningen av tomter och byggnader (åtgärd 4) utgör statligt stöd.

6.2. Förenlighet med den gemensamma marknaden

- (37) I sin anmälan hänvisar Nederländerna inte till något särskilt undantag från det allmänna förbudet mot statligt stöd i artikel 87.1, på grundval av vilket stödet skulle kunna beviljas.
- (38) Som framgår av genomgången ovan betvivlade kommissionen i sitt beslut om att inleda det formella undersökningsförfarandet att stödet skulle kunna betraktas som förenligt med gemenskapslagstiftningen mot bakgrund av undantagen i artikel 87.2 och artikel 87.3 a, b och d eller de riktlinjer och rambestämmelser som fastställts på grundval av artikel 87.3 c. I sitt svar på detta beslut har Nederländerna inga synpunkter på stödets förenlighet med den gemensamma marknaden. Ytterligare undersökningar vidtagna av kommissionen i detta sammanhang har inte givit något nytt vid handen. Därför sluter sig kommissionen till att stödet inte kan betraktas som förenligt med den gemensamma marknaden enligt ovanstående rättsliga grund.
- (39) Vad gäller den eventuella förenligheten med den gemensamma marknaden på grundval av artikel 86.2 anser kommissionen att den ekonomiska verksamhet som främjas genom det berörda stödet, nämligen byggandet och försäljningen eller uthyrningen av lägenheter och butikslokaler av god kvalitet som inte är reserverade för mindre bemedlade socialgrupper, definitivt inte kan betraktas som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Nederländerna har heller inte hävdats det. Därför kan artikel 86.2 inte vara tillämplig på detta stöd.
- (40) I detta sammanhang skall kommissionen undersöka huruvida stödet i åtgärderna 1 och 3 inte kan betraktas som direkt förenligt med gemenskapslagstiftningen enligt artikel 87.3 c i EG-fördraget, där det fastslås att "stöd för att underlätta utveckling av vissa näringsverksamheter eller vissa regioner, när det inte påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset" kan betraktas som förenligt med den gemensamma marknaden.
- (41) När kommissionen undersöker huruvida stödet på grundval av artikel 87.3 c är direkt förenligt med gemenskapslagstiftningen, utgår den i första hand från gemenskapens intressen och i andra hand från om den ovannämnda stödåtgärden är lämplig och om den står i proportion till de eftersträfvade målen samt om den har en negativ inverkan på konkurrensen och handeln.
- (42) Vad gäller de mål som det stödmottagande projektet bidrar till noterar kommissionen följande: De nederländska myndigheterna har framhållit att en undersökning från 2001 visar att 65 % invånarna i Haaksbergen känner sig otrygga i centrum och därför undviker att gå dit. Denna känsla av otrygghet bekräftas av brottsanmälningar till

polisen. Projektet är särskilt utformat för att motarbeta otryggheten i området genom att man bygger fastigheter med butiker i bottenplanet och lägenheter ovanpå, där det tidigare varit tomt och öde. De nederländska myndigheterna har förklarat att även om tre butiksgator framgångsrikt har utvecklats runtomkring Haaksbergens centrum, har själva stadskärnan ändå förblivit ett kommersiellt underutvecklat område som bildar en sorts barriär mellan dessa tre framgångsrika butiksområden. Projektet syftar till att göra stadskärnan mer attraktivt och därmed förekomma att nuvarande butiksbestånd ytterligare förfaller och i allt högre grad blir stående tomt. Mot bakgrund av detta kan man sluta sig till att projektet får positiva följder för det allmänna intresset, vilket också anförts av kommunen för att rättfärdiga stödet.

- (43) Vad gäller stödets proportionalitet konstaterar kommissionen att stödet syftar till att täcka de förluster som företagen skulle kunna lida inom ramen för projektet, vilket f.ö. inte skulle genomföras utan stödet. Stödet är proportionerligt för såvitt det täcker de faktiska förlusterna för de sex företag som säljer eller hyr ut butikslokalerna till priser som motsvarar dem som är normala för jämförbara objekt i det området. Projektet omfattar också potentiellt "extra" stöd till följd av bestämmelsen om partiell återbetalning. Denna bestämmelse i samarbetsavtalet mellan kommunen och byggföretagen innebär att de faktiska projektförlusterna efter projektet kommer att beräknas av en oberoende revisor utifrån faktiska utgifter och intäkter. Om den faktiska förlusten är mindre än den budgeterade förlust på grundval av vilken bidraget (åtgärd 1) beviljas under projektets gång, behöver endast 50 % av den del av bidraget som inte täcker någon faktisk förlust återbetalas till kommunen. Byggföretagen kan därför behålla 50 % av den del av bidraget som inte täcker någon faktisk förlust. Om den faktiska förlusten uppgår till omkring noll i stället för de förväntade 2,98 miljonerna euro, skulle företagen återbetala 1,49 miljoner euro och själv behålla ett lika stort belopp. Det stödbelopp som inte täcker någon faktisk förlust är inte nödvändigt för att genomföra projektet. Därför kan man sluta sig till att endast en bestämmelse om fullständig återbetalning av den bidragsdel som inte täcker den faktiska förlusten kan fastställas till den miniminivå som krävs för att stödet skall bli proportionerligt. Kommissionen noterar att en sådan "bestämmelse om fullständig återbetalning" också måste gälla det stöd som ingår i den partiella garantin (åtgärd 3) och inte bara bidraget (åtgärd 1), vilket gäller bestämmelsen om partiell återbetalning.

- (44) Vad gäller omfattningen av snedvridningen av konkurrensen och inverkan på handelsutbytet, noterar kommissionen att stödet leder till att 58 lägenheter och 11 butiker fogas till nuvarande bestånd och detta till priser som motsvarar dem som tas ut för jämförbara objekt i det berörda området. Kommissionen noterar att snedvridningen av konkurrensen och inverkan på handelsförutsättningarna till följd av ett sådant lokalt och föga omfattande projekt är ringa och de

väger heller inte tyngre än de positiva effekter som konstaterats tidigare.

- (45) Som kommissionen redan framhållit med avseende på den extra snedvridningen av konkurrensen, anser den att stödet, i den utsträckning som det täcker faktiska förluster, inte ger de sex företagen några medel som de i framtida projekt kan använda till att snedvrیدا konkurrens och påverka handelsutbytet på ett negativt sätt. Samma slutsatser gäller emellertid inte det stöd som beviljas utöver den faktiska förlusten. Som redan noterats lämnar bestämmelsen om partiell återbetalning dörren öppen för sådant "extra" stöd.
- (46) Kommissionen sluter sig till att den del av stödet som täcker den faktiska projektförlust som i efterhand beräknas av en oberoende revisor underlättar utvecklingen av vissa former av ekonomisk verksamhet eller vissa regionala ekonomier, utan att villkoren för handelsutbytet förändras på ett sådant sätt att gemenskapsintresset skadas. Kommissionen sluter sig också till att den del av det stöd som inte täcker någon faktisk projektförlust, såsom den i efterhand beräknas av en oberoende revisor, inte är nödvändig för att genomföra projektet, samtidigt som den inverkar negativt på handelsvillkoren.

7. SAMMANFATTNING

- (47) Med stöd i ovanstående utredning sluter sig kommissionen till att den del av stödet som täcker den faktiska projektförlusten, såsom den i efterhand beräknas av en oberoende revisor, inte är förenlig med gemenskapslagstiftningen enligt artikel 87.3 c, om den överstiger 2,98 miljoner euro EUR (åtgärd 1) plus en lämplig garantipremie (åtgärd 3). Den del av stödet som inte täcker den faktiska projektförlusten, såsom den i efterhand beräknas av en oberoende revisor, är varken förenlig med gemenskapslagstiftningen enligt artikel 87.3 c eller någon annan undantagsbestämmelse. Denna del är därför inte förenlig med den gemensamma marknaden.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Den kostnadsfria överlåtelsen av tomter (åtgärd 2) som Nederländerna planerar att genomföra till förmån för de byggföretag som är inbegripna i projektet Marktpassageplan i Haaksbergen, utgör inget statligt stöd, eftersom den kommer att genomföras tillsammans med en större kostnadsfri överföring i motsatt riktning (åtgärd 2 a).

Försäljningen av tomter och byggnader till dessa företag (åtgärd 4) innebär inte heller något statligt stöd.

Artikel 2

Bidraget på 2 984 000 euro (åtgärd 1) och den 35 % täckningen av de möjliga kostnaderna i samband med skadeståndskrav på grundval av artikel 49 i plan- och bygglagen (*Wet op de Ruimtelijke Ordening*) (åtgärd 3), som Nederländerna planerar att

bevilja de företag som är inbegripna i projektet Marktpassageplan, utgör statligt stöd.

Artikel 3

Den del av det stöd som avses i artikel 2 och som täcker den faktiska projektförlust som i efterhand beräknas av en oberoende revisor är förenlig med den gemensamma marknaden.

Den del av det stöd som avses i artikel 2 och som överstiger den faktiska projektförlust som i efterhand beräknas av en oberoende revisor är oförenlig med den gemensamma marknaden.

Artikel 4

Nederländerna skall inom två månader från delgivningen av detta beslut underrätta kommissionen om vilka åtgärder som har vidtagits för att följa beslutet.

Artikel 5

Detta beslut är riktat till Konungariket Nederländerna.

Bryssel den 4 april 2006.

På kommissionens vägnar

Neelie KROES

Ledamot av kommissionen

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 26 april 2006

om det statliga stöd som Frankrike planerar att genomföra till förmån för Euromoteurs (C 1/2005 (f.d. N 426/2004))

[delgivet med nr K(2006) 1540]

(Endast den franska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2006/747/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR ANTAGIT
DETTA BESLUT**2. BESKRIVNING AV ÅTGÄRDERNA**

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

2.1. Stödmottagaren

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

(4) Euromoteurs S.A.S. (nedan kallat "Euromoteurs") har sitt ursprung i ett före detta dotterbolag till Moulinex som producerade elmotorer, i huvudsak till hushållsapparater.

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

(5) I december 1999 inrättade Moulinex Compagnie Générale des Moteurs Electriques (nedan kallat "CGME") för att få ett dotterbolag som producerade motorer. I september 2001 inleddes Moulinex ackordsförfarande, vilket också förde med sig ett ackordsförfarande för CGME. När företagsgruppen SEB (nedan kallad "SEB") förvärvade en del av Moulinex i oktober 2001 övertog den inte CGME, men ingick ett fyraårigt leveransavtal med företaget som gjorde det möjligt för CGME att återuppta verksamheten.

av följande skäl:

1. FÖRFARANDE

(1) Genom en skrivelse av den 5 oktober 2004 anmälde Frankrike till kommissionen det omstruktureringsstöd på 2 miljoner euro som man avsåg att lämna till företaget Euromoteurs. Ärendet registrerades under nummer N 426/2004. Genom en skrivelse av den 18 oktober 2004, begärde kommissionen ytterligare upplysningar om anmälan. Frankrike svarade genom en skrivelse av den 1 december 2004.

(6) I januari 2002 startade tolv CGME-anställda S.A.R.L. Compagnie Financière des Moteurs Electriques (nedan kallat "COFIME") som bedriver konsultverksamhet och är majoritetsägare i Euromoteurs, som startades i september samma år.

(2) Genom en skrivelse av den 19 januari 05 underrättade kommissionen Frankrike om sitt beslut att inleda det förfarande som anges i artikel 88.2 i fördraget avseende denna åtgärd. Beslutet har offentliggjorts i *Europeiska unionens officiella tidning* ⁽²⁾. Kommissionen har uppmanat berörda parter att inkomma med sina synpunkter på stödordningen i fråga.

(7) I september 2002 övertog COFIME och Euromoteurs CGME:s tillgångar. Den dom i handelsdomstolen som tillät transaktionen förbjöd också uppsägningar av ekonomiska skäl till och med september 2004 samt avyttringar av tillgångar.

(3) Kommissionen mottog synpunkter från de franska myndigheterna den 19 maj 2005. Ett möte hölls med de franska myndigheterna och kommissionens representanter den 12 oktober 2005. Genom en skrivelse av den 10 november 2005 och ett e-postmeddelande översände de franska myndigheterna upplysningar till kommissionen.

(8) Detta förbud stred mot köparnas ursprungliga projekt som innebar att CGME:s produktionsmedel skulle koncentreras till en anläggning istället för två och mer än halva personalstyrkan skulle sägas upp. Dessutom råkade företaget ut för en kraftig försäljningsminskning som, enligt de franska myndigheterna, berodde på den mycket dåliga internationella konjunkturen, minskad orderingång från SEB och dollarns kursfall i förhållande till euron.

⁽¹⁾ EUT C 137, 4.6.2005, s. 16.⁽²⁾ Se fotnot 1.

- (9) I nedanstående tabell visas utvecklingen av Euromoteurs räkenskaper:

(I miljoner euro)	2002 (räkenskapsår 4 mån.)	2003	2004
Omsättning	13	25	18
Nettoresultat	-0	-1	-5
Eget kapital	4	3	-3

- (10) 2004 utgjorde 93 % av Euromoteurs omsättning försäljning till SEB.

2.2. Marknaden

- (11) Enligt de upplysningar som inkom i december 2004 svarade Euromoteurs produktion av universalmotorer för hushållsapparater för 25 % av det europeiska behovet. Som en del av sin diversifikationsstrategi planerar företaget att producera nästan 10 % av det europeiska behovet av motorer till bilsäten 2006.
- (12) Enligt de franska myndigheterna finns Euromoteurs största konkurrenter i Europa och Asien när det gäller både universalmotorer (Ametek, Domel, LG, Johnson Electric och Sun Motors) och permanentmagnetmotorer (Valeo, Bosch, Meritor och Johnson Electric).

2.3. Omstruktureringsplanen

- (13) Den omstruktureringsplan som de franska myndigheterna har inkommit med avser en period på två år från och med datumet för utbetalning av det anmälda stödet. Den omfattar följande tre komponenter: en industriell, en ekonomisk och en social del som uppgår till ett totalt belopp av 5,95 miljoner euro:

- Den industriella omstruktureringen till en uppskattad kostnad på 1,10 miljoner omfattar
 - 1) nedläggning av en av de två produktionsanläggningarna,
 - 2) uppsökning av billigare leverantörer,
 - 3) uppsökning av nya handelspartners, och
 - 4) breddning av verksamheten till bilsektorn (motorer till bilsäten).
- Den ekonomiska omstruktureringen syftar till att befria företaget från skulder på 2,50 miljoner euro.
- Den sociala omstruktureringens mål är att avsätta 2,35 miljoner euro till omskolning av de 246 anställda som sagts upp.

- (14) Planen förväntas finansieras på följande sätt:

- Försäljning av en av de två produktionsanläggningarna: 1,45 miljoner euro.
- Förskott på order från SEB: 1,5 miljoner euro.
- Frigörande av aktiekapital: 1 miljon euro.
- Omstruktureringsstöd.

2.4. Beskrivning av stödet

- (15) Enligt anmälan av den 5 oktober 2004 uppgick omstruktureringsstödet till 2 miljoner euro.
- (16) Enligt skrivelsen från de franska myndigheterna den 1 december 2004 fördelade sig stödet på ett statligt stöd på 1 miljon euro och en avskrivning av skulder till de lokala myndigheterna (1 miljon euro till det regionala rådet [Conseil régional] och 0,25 miljoner euro till departementsråden i Manche och Calvados [Conseils généraux de la Manche et du Calvados]) på totalt 2,25 miljoner euro.
- (17) Slutligen förklarade de franska myndigheterna i sin skrivelse av den 10 november 2005 att "behovet av offentlig finansiering (...) uppgår till minst 2,65 miljoner euro".
- (18) Följaktligen är det oklart om det anmälda stödet uppgår till 2 miljoner euro, 2,25 miljoner euro eller 2,65 miljoner euro.

3. SKÅL TILL ATT INLEDA FÖRFARANDET I ARTIKEL 88.2 I FÖRDRAGET

- (19) Beslutet att inleda det förfarande som anges i artikel 88.2 i fördraget innefattar en preliminär bedömning av åtgärden, bland annat mot bakgrund av gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter ⁽³⁾ från 1999 (nedan kallade "riktlinjerna").
- (20) I beslutet hyste kommissionen tvivel om huruvida omstruktureringsplanen skulle kunna återställa Euromoteurs lönsamhet, huruvida otillbörliga snedvridningar av konkurrensen skulle kunna undvikas och huruvida stödet skulle kunna begränsas till minsta möjliga.
- (21) Kommissionen påpekade också att Euromoteurs hade befriats från vissa skatter enligt artikel 44 septies i den franska allmänna skattelagstiftningen (nedan kallad "artikel 44 septies"). Dessa stöd har förklarats olagliga och oförenliga med den gemensamma marknaden genom kommissionens beslut 2004/343/EG av den 16 december 2003 om det statliga stöd som Frankrike genomfört för övertagande av verksamhet från företag i svårigheter ⁽⁴⁾ och kommissionen hyste tvivel om det anmälda stödets förenlighet med den gemensamma marknaden enligt rättspraxis i Deggendorfmålet.

⁽³⁾ EGT C 288, 9.10.1999, s. 2.

⁽⁴⁾ EUT L 108, 16.4.2004, s. 38.

4. SYNPKTER FRÅN BERÖRDA PARTER OCH KOMMENTARER FRÅN FRANKRIKE

- (22) Efter det att förfarandet inleddes har kommissionen inte tagit emot några synpunkter från berörda parter. Frankrikes kommentarer kan sammanfattas på följande sätt:

Olagligt och oförenligt stöd som tagits emot av Euromoteurs enligt artikel 44 septies

- (23) Genom en skrivelse av den 19 maj 2005 bekräftade de franska myndigheterna att Euromoteurs hade befriats från vissa skatter enligt artikel 44 septies.
- (24) I tidigare korrespondens med kommissionen av den 15 mars 2005 hade de franska myndigheterna bedömt att den ekonomiska fördelen av skattebefrielsen uppgick till maximalt ⁽⁵⁾ 1,7 miljoner euro för Euromoteurs och 1,5 miljoner euro för COFIME.
- (25) När Euromoteurs tog emot de fördelar som föreskrivs i artikel 44 septies kunde företaget inte längre klassificeras bland små och medelstora företag enligt kommissionens rekommendation 2003/361/EG av den 6 maj 2003 om definitionen av mikroföretag samt små och medelstora företag ⁽⁶⁾ och låg inte i ett område som var berättigat till regionalstöd. Även om kommissionen inte kände till det exakta oförenliga stödbeloppet vid tidpunkten för detta beslut beräknar den att Euromoteurs skall betala tillbaka nära 1,7 miljoner euro. Till detta belopp skall även läggas ränta enligt artikel 14.2 i rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel 93 i EG-fördraget ⁽⁷⁾.
- (26) I sina kommentarer av den 19 maj 2005 förklarade de franska myndigheterna att man vid beräkningen av det stödbelopp som krävs för omstrukturering av Euromoteurs inte hade tagit hänsyn till möjligheten att företaget skulle betala tillbaka olagligt och oförenligt stöd och att "en sådan eventuell återbetalning skulle kraftigt försämra Euromoteurs ekonomiska situation".

Återupprättande av lönsamheten efter omstruktureringen

- (27) De franska myndigheterna meddelade kommissionen att Euromoteurs vid halvårsskiftet 2005 hade slutit ett degressivt leveransavtal med Johnson Electric Industrial Manufacturing Ltd (nedan kallat "Johnson") med en löptid på tre år (som en ersättning för avtalen med SEB) och till ett belopp av 12 miljoner euro 2005 och 9 miljoner euro 2006. Avtalet gör det också möjligt för Euromoteurs att köpa råvaror och halvfabrikat till förmånliga villkor från Johnson.

⁽⁵⁾ En fördel som beräknats utan hänsyn till de avdrag som är tillåtna enligt tillämpliga gemenskapsramar.

⁽⁶⁾ EUT L 124, 20.5.2003, s. 36.

⁽⁷⁾ EGT L 83, 27.3.1999, s. 1. Förordningen ändrad genom 2003 års anslutningsakt.

- (28) Frankrike framhåller att leveransavtal, enligt branschorganisationen för producenter av hushållsutrustning (Groupe interprofessionnel des fabricants d'appareils d'équipement ménager), är ovanliga inom hushållssektorn och sällan löper längre än ett år. Frankrike drar därför slutsatsen att det treåriga kontraktet är ett tecken på att uppdragsgivaren avser att etablera en varaktig relation med sin leverantör.

- (29) De franska myndigheterna har också översänt en preliminär resultaträkning och en beräkning av kassaflödet för Euromoteurs 2006. Utöver 9 miljoner euro i inkomster från försäljning till Johnson planerar Euromoteurs att öka sin omsättning med 6 miljoner euro genom att bredda sin kundkrets. I november 2005 hade 25 % av detta mål uppnåtts genom beställningar och förhandlingar pågick om leveransavtal till ett totalt belopp av 0,6 miljoner euro.

Förhindrande av otillåten snedvridning av konkurrensen

- (30) De franska myndigheterna har betonat att Euromoteurs efter den industriella omstruktureringen hade sagt upp 60 % av de anställda, lagt ner en av de två produktionsanläggningarna och hade blivit ett medelstort företag enligt gemenskapsrättens definition. De har också framhållit att företaget måste konkurrera med stora företagsgrupper som Ametek i Italien, Domel i Slovenien och Goldstar i Korea som har tillgång till mer utvecklade kommersiella nätverk än Euromoteurs.
- (31) Eftersom Euromoteurs har blivit ett medelstort företag föreslog de franska myndigheterna slutligen att kommissionens bedömning skall baseras på de nya riktlinjerna för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter ⁽⁸⁾.

5. BEDÖMNING

5.1. Förekomst av statligt stöd

- (32) Den åtgärd som Frankrike anmält utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i fördraget. Eftersom det har beviljats av staten kommer det att finansieras genom statliga medel till förmån för ett särskilt företag, Euromoteurs. Dessutom har Euromoteurs konkurrenter på den gemensamma marknaden, till exempel Ametek i Italien och Domel i Slovenien, och företaget produkter är föremål för internationell handel (Euromoteurs har bland annat kunder i Tyskland och Egypten). Följaktligen påverkar den anmälda åtgärden handeln mellan medlemsstaterna och snedvrider, eller hotar att snedvrider, konkurrensen.

- (33) Frankrike har därmed uppfyllt sina förpliktelser enligt artikel 88.3 i fördraget.

⁽⁸⁾ EUT C 244, 1.10.2004, s. 2.

5.2. Stödets förenlighet med den gemensamma marknaden

Inledande anmärkning

- (34) I sin dom av den 3 oktober 1991, Italien mot kommissionen ⁽⁹⁾, fastställde domstolen att "då kommissionen prövar om ett statligt stöd är förenligt med den gemensamma marknaden skall den beakta alla relevanta faktorer, däri inbegripet, i förekommande fall, de sakförhållanden som redan bedömts i ett tidigare beslut, liksom de skyldigheter som enligt detta föregående beslut ålagts en medlemsstat".
- (35) I sin dom i Deggendorfmålet ⁽¹⁰⁾ av den 15 maj 1997 preciserade domstolen att om ett stöd som tidigare förklarats olagligt och oförenligt fortfarande inte har återvunnits i strid med kommissionens beslut, skall bedömningen av ett nytt stöd till förmån för samma mottagare ta hänsyn till i första hand kumuleringseffekten av det tidigare olagliga och oförenliga stödet och det nya stödet och i andra hand det faktum att det tidigare stödet inte har betalats tillbaka.
- (36) I sin granskning av det av Frankrike anmälda stödets förenlighet med den gemensamma marknaden kommer kommissionen således att ta hänsyn till alla relevanta faktorer, däribland det faktum att Euromoteurs, enligt de uppgifter som tillhandahållits av de franska myndigheterna, har tagit emot ett tidigare stöd från en stödordning som förklarats olaglig och delvis oförenlig av kommissionen och att detta stöd, som inte utgör en del av de åtgärder som varken betraktas som stöd eller har förklarats förenliga av kommissionen, fortfarande inte har betalats tillbaka i strid med beslut 2004/343/EG.

Undantag från principen om förbud mot statligt stöd

- (37) Stödet skall bedömas i egenskap av tillfälligt statligt stöd inom ramen för den nuvarande granskningen. I artikel 87.2 och 87.3 i EG-fördraget föreskrivs vissa undantag från den generella oförenlighet som anges i artikel 87.1.
- (38) De undantag som anges i artikel 87.2 i fördraget är inte tillämpliga i detta fall, eftersom åtgärderna i fråga inte utgör stöd av social karaktär som ges till enskilda konsumenter, inte är till för att avhjälpa skador som orsakats av naturkatastrofer eller andra exceptionella händelser och inte heller ges till näringslivet i vissa av de områden i Förbundsrepubliken Tyskland som påverkats genom Tysklands delning. Detsamma gäller för de undantag som föreskrivs i artikel 87.3 b och d och som helt klart inte är tillämpliga.

- (39) Andra undantag föreskrivs i artikel 87.3 a och c i EG-fördraget. Eftersom stödets huvudsyfte inte är regionalt, utan avser omstrukturering av ett företag i svårigheter är endast de undantag som anges i punkt c tillämpliga. I denna punkt föreskrivs att statligt stöd kan godkännas om det ges för att underlätta utveckling av vissa näringsverksamheter, när det inte påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset. Kommissionen har offentliggjort särskilda riktlinjer för bedömning av stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter. Tvärtemot vad de franska myndigheterna föreslår måste det berörda stödet, eftersom det anmälades före den 10 oktober 2004, bedömas mot bakgrund av de kriterier som fastställts i 1999 års riktlinjer ⁽¹¹⁾. Det står klart att åtgärden inte avser något annat horisontellt mål. Dessutom anför Frankrike inga andra mål och grundar sig på de nämnda riktlinjerna i sin motivering av det anmälda stödets förenlighet.

Bedömning av stödet som omstruktureringsstöd

Stödberättigande: Företag i svårigheter

- (40) För att vara berättigad till omstruktureringsstöd måste företaget anses vara ett företag i svårigheter. I punkt 2.1 i riktlinjerna definieras detta begrepp. Med ett tecknat kapital på 4 miljoner euro noterade Euromoteurs en förlust på 5,4 miljoner euro 2004 vilket minskade det egna kapitalet till - 2,6 miljoner euro. Därför kan det anses att företaget befinner sig i svårigheter i den mening som avses i punkt 5 a i riktlinjerna.
- (41) I punkt 7 i riktlinjerna preciseras att ett *nybildat* företag inte är berättigat till omstruktureringsstöd, även om företagens finansiella ställning inledningsvis är svag. Eftersom Euro-moteurs bildades två och en halv månad före anmälan kan företaget inte betraktas som *nybildat* enligt kommissionens praxis vid tillämpning av riktlinjerna.

Förhindrande av otillbörlig snedvridning av konkurrensen (punkterna 35–39 i riktlinjerna)

- (42) Efter den industriella omstruktureringen har Euromoteurs sagt upp 60 % av personalstyrkan, lagt ner ett av två produktionsställen och blivit ett medelstort företag. Därför anser kommissionen att omstruktureringsstödet, utan hänsyn till det olagliga och oförenliga stödet, inte riskerar att ge upphov till otillbörlig snedvridning av konkurrensen.

⁽⁹⁾ Dom av den 3 oktober 1991 i mål C-261/89, Italien mot kommissionen, Rec. 1991, s. I-4437.

⁽¹⁰⁾ Dom av den 15 maj 1997 i mål C-355/95 P, Textilwerke Deggendorf GmbH mot Europeiska kommissionen och Förbundsrepubliken Tyskland, REG 1997, s. I-2549.

⁽¹¹⁾ I enlighet med punkt 103 i de nya riktlinjerna.

- (43) Som det dock betonas i domstolens rättspraxis⁽¹²⁾ skall kommissionen då den prövar om ett statligt stöd är förenligt med den gemensamma marknaden beakta alla relevanta faktorer, däri inbegripet, i förekommande fall, de sakförhållanden som redan bedömts i ett tidigare beslut, liksom de skyldigheter som enligt detta föregående beslut ålagts en medlemsstat.
- (44) I det berörda fallet konstaterar kommissionen att så länge som Euromoteurs inte har betalat tillbaka det olagliga stödet ger detta stöd tillsammans det nya anmälda stödet Euromoteurs en alltför stor och oberättigad fördel som skulle påverka handelsvillkoren i en utsträckning som strider mot det gemensamma intresset. Så länge som det olagliga och oförenliga stödet inte har betalats tillbaka har den oberättigade snedvridning av konkurrensen som stödet medförde fortfarande inte åtgärdats. Snedvridningen av konkurrensen skulle förvärras ytterligare om Euromoteurs skulle ta emot omstruktureringsstöd utöver det olagliga och oförenliga stödet.
- (45) För att förhindra att det uppstår oberättigade snedvridningar av konkurrensen måste Euromoteurs således betala tillbaka det stöd som olagligen har beviljats innan företaget kan ta emot det anmälda omstruktureringsstödet.
- Återställande av lönsamheten (punkterna 32–34 i riktlinjerna)
- (46) Enligt punkt 3.2.2 i riktlinjerna får stödet endast beviljas under förutsättning att en omstruktureringsplan genomförs som skall göra det möjligt att återställa företagets långfristiga lönsamhet inom rimlig tid på grundval av realistiska antaganden om de framtida villkoren för verksamheten.
- (47) Återställandet av Euromoteurs lönsamhet kräver att företaget klarar två utmaningar: rationalisering av produktionsmedlen och breddning av kundkretsen för att kunna bedriva verksamheten oberoende av beställningarna från SEB (vars beställningar har minskat konstant sedan 2002 och i fortsättningen skall gå via Johnson).
- (48) När det gäller den första punkten noterar kommissionen att nedläggningen av anläggningen i Carpiquet och uppsägningen av 246 personer har gjort det möjligt för Euromoteurs att minska sina driftskostnader avsevärt (de franska myndigheterna har bedömt att besparingarna till följd av koncentrationen av produktionen till en enda anläggning uppgår till 1 491 miljoner euro) och anpassa produktionsmedlen till försäljningsvolymen.
- (49) När det gäller den andra punkten ger leveransavtalet med Johnson, som löper från 2005–2007, företaget tid att planera sin strategi genom att säkerställa en betydande försäljningsnivå till och med 2007. På basis av de uppgifter som kommissionen förfogar över anser den att Euromoteurs diversifikationsstrategi verkar börja bära frukt inom sektorn för elmotorer. Däremot när det gäller marknaden för motorer till bilsäten, som utgör den andra delen av Euromoteurs diversifikationsplan, befinner sig inga av förhandlingarna i något framskridet skede.
- (50) De enda prognoser som översänts till kommissionen av de franska myndigheterna avser 2006. Enligt dessa kommer Euromoteurs omsättning att uppgå till 15 miljoner euro med ett rörelseresultat på 0,2 miljoner euro och ett nettoresultat på 1,7 miljoner euro. Kommissionen anser att dessa prognoser som är begränsade till ett år och som uppvisar en rörelsemarginal på 1,3 % inte gör det möjligt för kommissionen att fastställa om omstruktureringsplanen kommer att kunna återställa företagets långfristiga lönsamhet. Under 2006 drar Euromoteurs fortfarande nytta av avtalet med Johnson, men detta avtal löper ut 2007. De resultat som är begränsade till räkenskapsåret 2006 räcker följaktligen inte för att kommissionen skall kunna fastställa att företagets långfristiga lönsamhet är återställd.
- (51) Som Frankrike har anfört i sina kommentarer av den 19 maj 2005 beaktar det anmälda stödet och den åtföljande omstruktureringsplanen inte heller möjligheten att det olagliga och oförenliga stöd som Euromoteurs har tagit emot enligt artikel 44 septies skall betalas tillbaka. Återbetalningen beordrades av kommissionen i dess beslut 2004/343/EG och det belopp som skall återvinnas från Euromoteurs är beräknat till 1,7 miljoner euro. Återbetalningen kommer att förvärra företagets ekonomiska problem och kommissionen anser att planen, under dessa omständigheter, inte kan anses vara realistisk. Denna bedömning bekräftas av det faktum att de franska myndigheterna i november 2005 underrättade kommissionen om att svårigheterna i samband med omstruktureringen av Euromoteurs (särskilt företagets finansieringsbehov) hade underskattats vid tidpunkten för anmälan och att företagets behov av offentlig finansiering skulle justeras upp (+ 132,5 %).
- (52) Med hänsyn till ovanstående drar kommissionen slutsatsen att de franska myndigheterna inte har visat att den anmälda omstruktureringsplanen är baserad på realistiska antaganden och kommer att göra det möjligt att återställa företagets lönsamhet.
- Stödet skall begränsas till vad som är absolut nödvändigt (punkterna 40–41 i riktlinjerna)
- (53) Kostnaderna för den till kommissionen anmälda omstruktureringsplanen har av de franska myndigheterna beräknats till 5,95 miljoner euro. Planen omfattar 2 miljoner euro i offentlig finansiering. I sin skrivelse av den 10 november 2005 underrättade de franska myndigheterna kommissionen om att svårigheterna i samband med omstruktureringen av Euromoteurs (särskilt företagets finansieringsbehov) hade underskattats vid tidpunkten för anmälan och att företagets behov av offentlig finansiering kunde beräknas till minst 2,65 miljoner euro. Inga närmare uppgifter om detta nya behov (vare sig avseende kostnader för ytterligare omstruktureringar eller nya likviditetsbehov) har inkommit till kommissionen.

⁽¹²⁾ Se punkt 34 i detta beslut.

(54) Därför, och i vilket fall som helst, anser kommissionen att de franska myndigheterna inte har visat att ett stöd som överstiger 2 miljoner euro var nödvändigt för att återställa företagets lönsamhet och kan alltså inte dra slutsatsen att det anmälda stödet var begränsat till vad som är absolut nödvändigt.

Principen om att stöd bara får beviljas en gång

(55) Enligt de franska myndigheterna har inget omstruktureringsstöd betalats ut till Euromoteurs tidigare.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Det statliga stöd som Frankrike planerar att genomföra till förmån för Euromoteurs, till ett belopp av 2 miljoner euro,

2,25 miljoner euro eller 2,65 miljoner euro, är oförenligt med den gemensamma marknaden.

Detta stöd får därför inte genomföras.

Artikel 2

Detta beslut riktar sig till Republiken Frankrike.

Utfärdat i Bryssel den 26 april 2006.

På kommissionens vägnar

Neelie KROES

Ledamot av kommissionen

KOMMISSIONENS BESLUT

av den 4 juli 2006

Om det statliga stöd nr C 30/2004 (f.d. NN 34/2004) som Portugal har genomfört i form av befrielse från bolagsskatt på kapitalvinster från vissa transaktioner utförda av offentliga företag

[delgivet med nr K(2006) 2950]

(Endast den portugisiska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2006/748/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR ANTAGIT
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

av följande skäl:

I. FÖRFARANDE

- (1) Efter att ha fått information om befrielser från bolagsskatt på kapitalvinster som de portugisiska myndigheterna påstogs ha beviljat vissa offentliga företag enligt artikel 25 i den portugisiska lagen om skattebefrielser (*Estatuto do Benefícios Fiscais*, nedan kallad "EBF") ⁽²⁾ uppmanade kommissionen de portugisiska myndigheterna att inkomma med upplysningar genom en skrivelse av den 14 mars 2001.
- (2) De portugisiska myndigheterna svarade genom en skrivelse av den 25 april 2001. Den 28 oktober 2003 skickades en ny begäran om upplysningar och svaret togs emot den 30 januari 2004. Genom en skrivelse av den 8 september 2004 inkom de portugisiska myndigheterna med ytterligare upplysningar.
- (3) Genom en skrivelse av den 6 oktober 2004 ⁽³⁾ underrättade kommissionen Portugal om sitt beslut att inleda det förfarande som anges i artikel 88.2 i EG-fördraget med avseende på detta stöd. I detta beslut, som offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* ⁽⁴⁾, uppmanade kommissionen berörda parter att inkomma med sina synpunkter på åtgärden.
- (4) Genom en skrivelse, som kommissionen tog emot den 21 december 2005, inkom de portugisiska myndigheterna med sina kommentarer.
- (5) Kommissionen har inte tagit emot synpunkter från berörda parter.

II. DETALJERAD BESKRIVNING AV STÖDORDNINGEN

- (6) Skattebefrielserna föreskrivs i artikel 25 i EBF under rubriken *Mais-valias no âmbito do processo de privatização* (kapitalvinster som ett led i privatiseringsprocessen) som svarar mot artikel 32-C i den ursprungliga versionen från 2000, innan EBF hade ändrats genom lagdekret 198/2001 av den 3 juli 2001.
- (7) För att fastställa den skattepliktiga vinsten när det gäller helt offentligägda företag och företag som kontrolleras av dessa föreskrivs det i artikel 25 att beskattningsunderlaget inte skall omfatta kapitalvinster som härrör från privatiseringar eller omstruktureringar om de har genomförts i enlighet med de strategiska riktlinjerna för statens roll som aktieägare, som godkänts genom en förordning från finansministern.
- (8) Artikel 25 i EBF trädde i kraft den 1 januari 2000 i enlighet med artikel 103 i lag 3-B/2000 av den 4 april 2000.

III. SKÅLEN TILL ATT INLEDA FÖRFARANDET

- (9) Beslutet att inleda det formella förfarandet var en indikation på att artikel 25 i EBF kunde utgöra en statlig stödordning enligt vad som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget. Det verkade röra sig om driftsstöd och, på grundval av tillgänglig information, var det oförenligt med den gemensamma marknaden eftersom det inte verkade vara avsett för några stödberättigade investeringar eller kostnader. Dessutom verkade inget av undantagen i artikel 87.2-3 i EG-fördraget vara tillämpliga. Tvärt emot utgjorde åtgärden ett oberättigat stöd som gav offentliga företag fördelar till skada för deras konkurrenter inom den privata sektorn.

IV. KOMMENTARER FRÅN PORTUGAL

- (10) Genom en skrivelse som mottogs av kommissionen den 21 december 2005 bekräftade Portugal de uppgifter som redan hade lagts fram i samband med kommissionens inledande bedömning.

⁽¹⁾ EUT C 256, 15.10.2005, s. 26.⁽²⁾ Lagdekret 215/89 av den 1 juli 1989.⁽³⁾ C(2004) 2637 av den 6 oktober 2004.⁽⁴⁾ Se fotnot 1.

- (11) De portugisiska myndigheterna sammanfattar utvecklingen när det gäller bolagsskatt på kapitalvinster i Portugal på följande sätt:
- Sedan 1993 omfattas återinvesterade kapitalvinster av en skatteförmån om de härrör från materiella anläggningstillgångar eller aktier som innehas av holdingbolag⁽⁵⁾. I dessa fall medför återinvesteringen att vinsterna befrias från skatt.
 - Från och med 2001 ändrades denna situation⁽⁶⁾. Det positiva saldot mellan kapitalvinster och kapitalförluster skulle beskattas enligt följande: Om vinsterna återinvesterades samma år som de hade erhållits skulle en femtedel beskattas det året och ytterligare en femtedel varje år under de fyra påföljande åren.
 - Från och med 2002 blev hälften av kapitalvinsterna skattepliktiga, även om de återinvesterades⁽⁷⁾.
 - År 2003 ändrades situationen på nytt. Holdingbolag (och riskkapitalbolag) omfattades av total befrielse från skatt på kapitalvinster som härrörde från aktier som företagen innehade, förutsatt att de hade ägt aktierna under en period av minst ett år⁽⁸⁾.
- (12) De portugisiska myndigheterna hävdar att lagstiftningen avseende skattebefrielser handlar om att på företag inom den offentliga sektorn tillämpa samma regler om beskattning av kapitalvinster och skatteneutralitet som, sedan skattereformen 1988 och inrättandet av bolagsskatten (*Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, IRC*), är tillämpliga på privata företag som omstrukturerats.
- (13) Mot bakgrund av den portugisiska lagstiftningen om skattebefrielse hävdar de portugisiska myndigheterna i detta sammanhang att återinvesterade kapitalvinster omfattas av en skatteförmån förutsatt att de härrör från materiella anläggningstillgångar eller aktier som innehas av holdingbolag. I dessa fall ingår återinvesteringen av vinsterna inte i beskattningsunderlaget, vilket utgör ett centralt element i den portugisiska skatteordningen.
- (14) Enligt artikel 25 i EBF skall inte heller kapitalvinster ingå i beskattningsunderlaget om dessa har uppburits av företag som ägs helt av staten eller av företag som kontrolleras av dessa. Den skattebehandling som är tillämplig på kapitalvinster som återinvesterats av holdingbolag och på omstruktureringar som genomförts av andra privata företag skall alltså bara utvidgas till dessa organ. De stödberättigade företagen har därför inga ekonomiska fördelar av detta när
- de omfattas av privatiseringar, omorganisationer eller omstruktureringar.
- (15) Enligt de portugisiska myndigheterna var syftet med artikel 25 i EBF just att undvika att göra privatiseringar och omstruktureringar av offentliga företag betingade av offentliga holdingbolags deltagande, och därmed underlätta statens funktion som aktieägare.
- (16) De portugisiska myndigheterna betonar att artikel 25 i EBF inte innehåller några särskilda bestämmelser om beskattning av kapitalvinster om man jämför med det allmänna systemet. Dess tillämpning ger inte några särskilda fördelar till de stödmottagande företag som berörs av omorganisationer eller omstruktureringar.
- (17) De portugisiska myndigheterna meddelade även att de avser att upphäva artikel 25 i EBF. När artikeln har upphävts kommer alla omstruktureringar eller privatiseringar som berör offentliga företag att omfattas av samma system för skattelättnader som är tillämpligt på privata företag.
- (18) Med avseende på återvinning hävdade de portugisiska myndigheterna att a) bara fyra transaktioner omfattades av den berörda ordningen och att ett privat företag under alla omständigheter skulle erhålla samma skattefördelar genom att inrätta ett holdingbolag och återinvestera medlen i finansiella tillgångar och att b) tre av dessa fyra transaktioner redan hade beslutats av *Caixa Geral de Depósitos* styrelse med avseende på privatisering (inrättande av holdingbolag) eftersom artikel 25 i EBF ännu inte hade godkänts vid den tidpunkten. Eftersom de offentliga företagen inte beviljades någon ekonomisk fördel hävdade de portugisiska myndigheterna följaktligen att det inte finns något att återvinna.
- (19) Följande fyra transaktioner omfattades av stödordningen:
- Den första transaktionen genomfördes av *Mundial Confiança* (nedan kallat "MC") som är ett försäkringsbolag och dotterbolag till det portugisiska finansinstitutet CGD och avsåg försäljning av dess andel (5,46 %) i *Crédito Predial Português* (nedan kallat "CPP") till *Banco Santander Central Hispano* (nedan kallad "BSCH") den 5 april 2000. MC:s kapitalvinst uppgick till 9,3 miljoner euro.
 - Den andra transaktionen genomfördes av *Banco Pinto & Sotto Mayor* (nedan kallat "BPSM") som vid tidpunkten för transaktionen kontrollerades av CGD

⁽⁵⁾ Artikel 7.2 i lagdekret 495/88 av den 30 december 1988 och artikel 31.2 i EBF genomförde artikel 44 (numera artikel 45) i lagen om beskattning av bolagsvinster (*Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas, CIRC*).

⁽⁶⁾ Lag 30-G/2000 av den 29 december 2000.

⁽⁷⁾ Lag 109-B/2001 av den 27 december 2000.

⁽⁸⁾ I artikel 31.2 i EBF, i dess lydelse enligt lag 32-B/2002 av den 30 december om godkännande av statsbudgeten 2003, anges att holdingbolags och riskkapitalbolags kapitalvinster och kapitalförluster som erhållits genom försäljning av andelar som de innehar, oavsett skäl till transaktionen och förutsatt att de har innehaft dessa under minst ett år, såväl som de finansiella avgifter som uppstått vid förvärvet, inte skall räknas till dessa företags beskattningsbara vinst.

och avsåg försäljning av dess andel (94,38 %) i *Banco Totta & Açores* (nedan kallad "BTA") och dess andel (7,09 %) i CPP till BSCH den 7 april 2000. BPSM:s kapitalvinst beräknades till 310 miljoner euro.

— Den tredje transaktionen avsåg ett byte av aktier mellan MC och BCP. MC sålde sin andel (53,05 %) i BPSM till BCP i utbyte mot cirka 10 % av BCP:s kapital den 19 juni 2000. MC:s kapitalvinst uppgick till 1 566,4 miljoner euro.

— Den fjärde och sista transaktionen avsåg kapitalvinsten från CGD:s försäljning av sin andel i den brasilianska banken Itaú, SA som genomfördes mellan 2000 och 2003. CGD:s totala kapitalvinst uppgick till 357,4 miljoner euro.

(20) De första tre transaktionerna beslutades enligt avtal mellan Champalimaud-gruppen och BSCH. Den 11 november undertecknade således CGS och BSCH ett avtal varvid:

— BSCH köpte António Champalimauds andelar i Champalimaud-gruppen och sålde dem därefter till CGD.

— Andelarna i BTA och CPP såldes till BSCH.

(21) Syftet med att omstrukturera Champalimaud-gruppen var att dela upp bank- och försäkringsverksamheterna för att förbättra de portugisiska tillsynsmyndigheternas effektivitet (Banco de Portugal och Instituto de Seguros de Portugal).

(22) I det fjärde fallet var överlåtelsen ett resultat av ett nytt avtal mellan CGD och Unibanco – União de Bancos Brasileiros, SA.

(23) Den berörda åtgärdens syfte var att säkerställa skattnöjdhetsneutralitet för de privatiseringar och omstruktureringar som berör helt offentligägda företag och företag som kontrolleras av dessa.

(24) I egenskap av aktieägare i CGD skickade de portugisiska myndigheterna den 18 oktober och den 31 mars 2000 skrivelser som undertecknats av finansministern som godkände de ovannämnda transaktionerna i enlighet med de strategiska riktlinjerna.

V. BEDÖMNING AV STÖDET

V.1. Utgör åtgärden statligt stöd?

(25) Kommissionen bekräftar beslutet att inleda det formella förfarandet för att bedöma om åtgärden utgör statligt stöd. Artikel 25 i EBF, som undantar offentliga företag från bolagssatt på kapitalvinster som härrör från privatiseringar och omstruktureringar, utgör en statlig stödordning.

(26) Domstolen har i flera domar fastslagit att en åtgärd genom vilken de offentliga myndigheterna medger vissa företag undantag från skattskyldighet och som, trots att den inte innebär en överföring av statliga medel, försätter stödmottagarna i en finansiell situation som är fördelaktigare än den situation som övriga skattskyldiga befinner sig i utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG fördraget⁽⁹⁾.

Statliga medel

(27) Den åtgärd som föreskrivs i artikel 25 i EBF utnyttjar statliga medel eftersom den grundar sig på att staten avstår från att kräva in den bolagssatt som den normalt skulle ha utkrävt. Beslutet att avstå från dessa inkomster uppfyller kriterierna för utnyttjande av statliga medel.

Selektiva fördelar

(28) Jämfört med den beskattningsordning som normalt är tillämplig på kapitalvinster i Portugal ger bestämmelserna i artikel 25 i EBF stödmottagarna en fördel.

(29) Normalt skall den beskattningsordning beaktas som är tillämplig på företag oavsett ägande (offentligt eller annat) och art (holdingbolag eller annat).

(30) Den normala beskattningsordningen är inte den ordning som enbart är tillämplig på holdingbolag eftersom de transaktioner som omfattas av artikel 25 i EBF (omstruktureringar) kan beröra såväl holdingbolag som andra företag.

(31) Den förmånliga beskattningsordningen för holdingbolags kapitalvinster i Portugal började tillämpas 1993. När de berörda transaktionerna ägde rum kunde denna skatteförmån emellertid bara utnyttjas när vinsterna återinvesterades. Detta innebär att även i förhållande till den ordning som är tillämplig på holdingbolag, som inte var den normala beskattningssystemet i Portugal, beviljades en selektiv fördel till helt offentligägda företag och företag som kontrolleras av dessa.

(32) En befrielse från skatt på kapitalvinster ger de berörda offentliga företagen en fördel i förhållande till andra företag som bedriver verksamhet inom samma sektorer eftersom de offentliga företagen kan dra nytta av ett bättre kassaflöde i sin verksamhet. Oavsett åtgärdens syfte bedöms det statliga stödets art utifrån dess effekter och inte dess syfte.

(33) Fördelen beviljas bara vissa företag, nämligen företag som är helt offentligägda och företag som kontrolleras av dessa och som berörs av privatiseringar eller omorganisationer som

⁽⁹⁾ Dom av den 19 maj 1999 i mål C-6/97, Italienska republiken mot kommissionen, REG 1999, s. I-02981, punkt 16.

uppfyller statens politiska mål. Alla övriga företag, däribland de privata företag som konkurrerar med de stödmottagande offentliga företagen, är uteslutna. Kommissionens meddelande om tillämpningen av reglerna om statligt stöd på åtgärder som omfattar direkt beskattning av företag⁽¹⁰⁾ erinrar till exempel om att när vissa offentliga företag är befriade från bolagsskatt kan de regler som beviljar denna förmånsbehandling till företag som har rättslig status som offentliga företag och som bedriver ekonomisk verksamhet utgöra statligt stöd enligt vad som avses i artikel 92 i EG-fördraget.

- (34) Skattebestämmelserna i artikel 25 i EBF är rättsligt sett selektiva eftersom de bara avser vissa företag (dvs. offentliga företag eller företag som kontrolleras av dessa). Dessutom tillämpades åtgärden de facto uteslutande på offentliga företag inom bank- och försäkringssektorn eller på företag som kontrolleras av dessa, vilket framgår av de uppgifter som de portugisiska myndigheterna har tillhandahållit.
- (35) De portugisiska myndigheterna förnekar att åtgärden skulle vara selektiv och hävdar att den avser juridiska personer inom den offentliga sektorn i egenskap av en företagskategori, och följaktligen skall betraktas som en allmän åtgärd. Detta argument kan kommissionen emellertid inte godta av följande skäl:
- (36) För det första finns inte begreppet företag inom den offentliga sektorn inom skatteområdet eftersom de företag som eventuellt kan beröras av den fördel som ges genom artikel 25 i EBF i princip kan vara aktiva på många olika marknader.
- (37) För det andra gör inte den berörda åtgärden det möjligt att identifiera särskilda aspekter som avser offentliga företag i förhållande till privata företag. Privata företag och utländska offentliga företag med filialer i Portugal kan också genomföra omorganisationer. Dessutom kan deras aktieägare besluta att sälja företagen, men de omfattas inte av stödordningen.
- (38) För det tredje avses med denna åtgärd bara en underkategori av offentliga företag, nämligen de företag som omfattas av privatiseringar eller omorganisationer, när dessa transaktioner är godkända av finansministern. Om denna åtgärd är selektiv, även med avseende på företag inom den offentliga sektorn, beror det också på den behöriga myndighetens befogenhet att göra skönsmässiga bedömningar.

- (39) Följaktligen drar kommissionen slutsatsen att artikel 25 i EBF medför en selektiv fördel. Den berörda åtgärdens selektivitet motiveras inte av det portugisiska skattesystemets art och struktur.

Påverkan på handeln och snedvridningar av konkurrensen

- (40) Genom att låta offentliga företag som genomgår privatiseringar eller omstruktureringar omfattas av skattelättnader på kapitalvinster ger artikel 25 i EBF dem en driftsmässig fördel och stärker deras ställning i förhållande till andra företag. Vid sin bedömning behöver inte kommissionen styrka att stödet faktiskt påverkar handeln mellan medlemsstaterna eller att konkurrensen faktiskt snedvrids, utan endast att stödet kan ha en sådan inverkan⁽¹¹⁾. När ett stöd som beviljats av en medlemsstat förstärker ett företags ställning i förhållande till andra konkurrerande företag i handeln inom gemenskapen måste de senare företagen anses påverkas av stödet⁽¹²⁾.
- (41) Dessutom bedriver alla företag som omfattas av ordningen verksamhet inom bank- och försäkringssektorerna som avreglerades för många år sedan. Den successiva avregleringen ökade konkurrensen som kanske redan var ett resultat av den fria rörligheten för kapital som föreskrivs i EG-fördraget.
- (42) Stödets påverkan på handeln mellan medlemsstaterna och deras effekt i form av snedvridningar av konkurrensen märks tydligast inom dessa sektorer⁽¹³⁾.
- (43) Stödordningen kan därför påverka handeln och snedvrida konkurrensen.

Slutsatser

- (44) Av ovanstående framgår att den särskilda stödordning som föreskrivs i artikel 25 i EBF som undantar offentliga företag från bolagsskatt på kapitalvinster till följd av privatiseringar och omstruktureringar utgör en statlig stödordning enligt vad som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

V.2. Utgör ordningen olagligt stöd?

- (45) Portugal har genomfört denna stödordning utan att anmäla den. Genom att genomföra artikel 25 i EBF bröt Portugal följaktligen mot bestämmelserna i artikel 88.3 i EG-fördraget.

⁽¹¹⁾ Se till exempel domstolens dom av den 29 april 2004 i mål C-372/97, Italienska republiken mot kommissionen, REG 2004, s. I-03679, punkt 44.

⁽¹²⁾ Dom av den 17 september 1980 i mål 730/79, Philip Morris Holland mot kommissionen, Rec.1980, s. 2671, punkt 11.

⁽¹³⁾ När det gäller påverkan på handeln och snedvridningar av konkurrensen inom banksektorn se särskilt domstolens dom av den 15 december 2005 i mål C-222/04, *Fondazioni bancarie*, punkt 139 ff och rättspraxis.

⁽¹⁰⁾ EGT C 384, 10.12.1998, s. 3.

V.3. Den olagliga stödordningens förenlighet med den gemensamma marknaden

- (46) Det berörda stödet är inte förenligt med artikel 87.2 i EG-fördraget. Det är varken något stöd av social karaktär som ges till enskilda konsumenter, eller stöd för att avhjälpa skador som orsakats av naturkatastrofer eller andra exceptionella händelser, eller stöd som ges till näringslivet i vissa av de områden i Förbundsrepubliken Tyskland som påverkats genom Tysklands delning.
- (47) Stödet tillämpas enhetligt i hela Portugals territorium och kan därför inte anses vara förenligt med artikel 87.3 a och c som avser utveckling inom vissa regioner.
- (48) Kommissionen anser att det berörda driftsstödet inte kan anses främja utveckling av vissa näringsverksamheter enligt vad som avses i artikel 87.3 c, eftersom denna bestämmelse kräver att stödet "inte påverkar handeln i negativ riktning i en omfattning som strider mot det gemensamma intresset". Detta villkor anser kommissionen inte vara uppfyllt i det berörda fallet. Det berörda stödet uppfyller inte några av villkoren i gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter⁽¹⁴⁾ som gällde när stödet beviljades. Det har inte heller satts upp något annat övergripande mål av gemensamt intresse. Slutligen ändrar inte det faktum att stödet är begränsat till den finansiella sektorn slutsatserna i bedömningen, särskilt med tanke på att denna sektor är särskilt känslig för påverkan på handeln mellan medlemsstaterna och driftsstödets effekter i form av snedvridningar av konkurrensen.
- (49) Det berörda stödet är inte heller förenligt med artikel 87.3 d (stöd för att främja kultur och bevara kulturarvet) eller e (stöd av annat slag i enlighet med vad rådet kan komma att bestämma genom beslut). Portugal har aldrig åberopat något av dessa undantag.
- (50) Vidare är det berörda stödet inte heller förenligt med artikel 87.3 b. Stödet kan inte anses vara ett "projekt av gemensamt europeiskt intresse" eftersom det bara främjar offentliga företag i en medlemsstat och inte i gemenskapen som helhet, och det främjar inte ett konkret, specifikt och väldefinierat projekt. Det syftar inte heller till "att avhjälpa en allvarlig störning i en medlemsstats ekonomi", eftersom det inte finns tecken på att den portugisiska ekonomin skulle lida allvarliga störningar utan stödet.
- (51) Under alla omständigheter har Portugal inte, bortsett från några mycket allmänna förklaringar, särskilt åberopat något av undantagen i fördraget.

⁽¹⁴⁾ Meddelande från kommissionen – Gemenskapens riktlinjer för statligt stöd till undsättning och omstrukturering av företag i svårigheter (EGT C 288, 9.10.1999, s. 2).

VI. ÅTERKRAV

- (52) Enligt artikel 14.1 i rådets förordning (EG) nr 659/1999 skall kommissionen, vid negativa beslut i fall av olagligt stöd, besluta att den berörda medlemsstaten skall vidta alla nödvändiga åtgärder för att återkräva det stöd som har betalats ut till mottagaren. Kommissionen skall dock inte återkräva stödet om detta skulle stå i strid med en allmän princip i gemenskapsrätten.
- (53) I det berörda fallet anser kommissionen att det inte finns någon allmän princip i gemenskapsrätten som förhindrar att stödet återkrävs.
- (54) De portugisiska myndigheterna hävdar att de fyra transaktioner som omfattades av stödordningen i vilket fall som helst skulle ha varit befriade från skatt enligt det portugisiska skattesystemet för holdingbolag. Dessutom hade tre av de fyra transaktionerna redan beslutats enligt den tidigare ordningen eftersom artikel 25 i EBF ännu inte hade godkänts vid den tidpunkten. Följaktligen hävdar de portugisiska myndigheterna att stödet inte skall återkrävas.
- (55) Enligt domstolens rättspraxis⁽¹⁵⁾ och kommissionens meddelande om direkt beskattning av företag⁽¹⁶⁾ är det vid återkravet som det skall bedömas om den tidigare situationen skall återställas för att fastställa om det fanns en alternativ skattebehandling som, utan det olagliga stödet och enligt de nationella regler som är förenliga med gemenskapsrätten, skulle ha gett företagen i fråga en liknande fördel.
- (56) Det belopp som skall återkrävas för att återställa den tidigare situationen är skillnaden mellan i) den totala nettofördel som har beviljats de offentliga företagen eller de företag som kontrollerades av dem enligt artikel 25 i EBR och ii) den normala beskattning som skulle ha tillämpats om de berörda transaktionerna hade genomförts utan stödåtgärden. I målet *Unicredito Italiano*⁽¹⁷⁾ anger domstolen därför att det inte skulle vara korrekt att bestämma de belopp som skall återbetalas med hänsyn till de olika åtgärder som företagen hade kunnat vidta om de hade valt andra åtgärder än de som omfattas av stödet. I detta sammanhang behöver kommissionen inte beakta de hypotetiska åtgärder som de berörda parterna skulle ha kunnat vidta, till exempel möjligheten att strukturera åtgärder på annat sätt.
- (57) För att bedöma vilken situation som skulle ha rått om åtgärder i fråga hade genomförts utan skattelättnader måste det därför göras en analys av de transaktioner som omfattades av artikel 25 i EBF. I det berörda fallet kan en

⁽¹⁵⁾ Dom av den 15 december 2005 i mål C-148/04, *Unicredito Italiano SpA mot Agenzia delle Entrate*, REG 2005, s. I-11137.

⁽¹⁶⁾ Kommissionens meddelande om tillämpningen av reglerna om statligt stöd på åtgärder som omfattar direkt beskattning av företag (EGT C 384, 10.12.1998, s. 3).

⁽¹⁷⁾ Se fotnot 15, punkt 113–119.

sådan analys göras utifrån de portugisiska myndigheternas uppgifter, utan hinder av en ny bedömning av varje transaktion om nya uppgifter skulle bli tillgängliga.

De två första transaktionerna

- (58) Den första transaktionen avsåg MC:s försäljning av sina andelar i CPP till BSCH den 5 april 2000. Den andra transaktionen genomfördes av BPSM, som kontrollerades av CDG, och avsåg försäljning av dess andel i BTA och dess andel i CPP till BSCH den 7 april 2000.
- (59) Eftersom artikel 25 i EBF inte hade offentliggjorts när transaktionerna föreslogs, planerades och godkändes båda transaktionerna av CGD:s ledning i enlighet med den skattelagstiftning som var tillämplig på holdingbolag. I detta avseende skulle inrättandet av holdingbolag och efterföljande försäljning eller byte av aktier ha varit befriade från skatt enligt den normala portugisiska skattelagstiftningen. De portugisiska myndigheterna har översänt alla relevanta dokument till kommissionen.
- (60) Valet av operatörer för de berörda transaktionerna var i själva verket inte alls slumpmässigt, utan besluten hade redan planerats och godkänts av de berörda företagsgruppernas styrelser. Villkoren för att utföra transaktionerna enligt den allmänna skattelagstiftningen för holdingbolag var dessutom redan uppfyllda. De portugisiska myndigheterna har bekräftat att det inte var nödvändigt att erhålla förhandsgodkännande av skattemyndigheterna för sådana transaktioner.
- (61) Kommissionen anser följaktligen att det inte är nödvändigt att återkräva stödet i dessa två fall. Att tillämpa artikel 25 i EBF i fråga om dessa transaktioner ledde inte till någon fördel eftersom MC och BPSM, också utan denna artikel och på grund av de utförda transaktionernas art, hade undantagits enligt ordningen för skattebefrielse för holdingbolag, vilken är den normala beskattningsordningen enligt de nationella reglerna.

Den tredje transaktionen

- (62) Den tredje transaktionen avsåg ett byte av aktier mellan MC och BCP, som nämnts ovan.
- (63) Således skulle MC:s kapitalvinster till följd av ett utbyte av aktiemajoriteten i BPSM mot aktier motsvarande cirka 10 %

av BCP:s aktiekapital ha omfattats av den särskilda ordning som är tillämplig på fusioner, fissioner, överföring av tillgångar och utbyte av aktier och andelar som föreskrivs i artiklarna 67–72 i lagen om beskattning av bolagsvinster (*Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas*, CIRC). Dessa artiklar genomför direktiv 90/434/EEG⁽¹⁸⁾ som inte ger medlemsstaterna någon annan möjlighet än att befria den berörda transaktionen från skatt.

- (64) Det står klart att finansministeriet genom en förordning av den 14 november 2000 beslutade att tillämpa artikel 25 i EBF på denna transaktion. I detta fall var det ingen fördel att tillämpa artikel 25 i EBF eftersom skattebefrielsen, som ålades genom gemenskapsdirektivet och införlivades genom artikel 71.1 i CIRC, är normal beskattning som, utan det olagliga stödet och enligt nationella regler som är förenliga med gemenskapsrätten, ändå skulle ha tillämpats på den transaktion som verkligen genomfördes. Följaktligen finns det heller ingen anledning till återkrav i detta fall.

Den fjärde transaktionen

- (65) Den fjärde och sista transaktionen avsåg kapitalvinst från CGD:s försäljning av sin andel i den brasilianska banken Itaú, S.A. som genomfördes mellan 2000 och 2003. I motsats till de andra tre transaktionerna har denna transaktion inget samband med avtalen mellan Champalimaud-gruppen och BSCH.
- (66) Den faktiska försäljningen ägde rum genom olika transaktioner mellan 2000 och 2003. Även om de portugisiska myndigheterna hävdar att denna transaktion skulle ha kunnat genomföras via ett holdingbolag, är det ett faktum att det sätt på vilket försäljningen genomfördes för att erhålla en fördelaktigare beskattning än den det allmänna systemet medger inte var planerat. Med hänsyn till Unicredito-målet anser kommissionen därför att tillämpning av skattebefrielsen till förmån för holdingbolagen i det berörda fallet skulle innebära en rekonstruktion av tidigare händelser på hypotetisk grund. De portugisiska myndigheterna inkom inte med tillräckligt detaljerade upplysningar om den berörda transaktionens olika steg, som skulle ha lett till skatteneutralitet, även om artikel 25 i EBF inte hade tillämpats.
- (67) Således har de portugisiska myndigheterna i detta skede inte visat att det belopp som skall beräknas genom tillämpning av den effektiva skattesatsen på de faktiska kapitalvinsterna (357,4 miljoner euro) inklusive ränta, inte skall återkrävas.

VII. SLUTSATSER

- (68) Kommissionen anser att Portugal, genom att genomföra artikel 25 i EBF, bröt mot bestämmelserna i artikel 88.3 i

⁽¹⁸⁾ Rådets direktiv 90/434/EEG av den 23 juli 1990 om ett gemensamt beskattningssystem för fusion, fission, överföring av tillgångar och utbyte av aktier eller andelar som berör bolag i olika medlemsstater (EGT L 225, 20.8.1990). I artikel 8.1 fastställs att "vid fusion, fission eller utbyte av aktier eller andelar får tilldelningen av aktier eller andelar i det övertagande eller förvärvande bolaget till en delägare i det överlåtande eller förvärvade bolaget i utbyte mot aktier eller andelar i det senare bolaget inte i sig leda till beskattning av inkomst, vinst eller kapitalvinst hos denne delägare".

EG-fördraget. Denna stödordning är oförenlig med den gemensamma marknaden och måste upphävas i enlighet med de portugisiska myndigheternas åtagande.

- (69) Detta beslut avser hela ordningen och skall genomföras omedelbart, däri inbegripet återvinning av de stöd som beviljats inom ramen för stödordningen. Beslutet utesluter dock inte att hela eller delar av det stöd som beviljats i enskilda fall kan anses vara förenligt med den gemensamma marknaden.
- (70) När det gäller de tre första transaktionerna har de portugisiska myndigheterna visat att det inte är nödvändigt att återkräva stödet. På grundval av de upplysningar som lagts fram av de portugisiska myndigheterna, och utan att det påverkar en ny bedömning av varje transaktion på basis av eventuella nya uppgifter, måste således bara det stöd som avser kapitalvinster till följd av försäljningen av CGD:s andel i den brasilianska banken Itaú, S.A. återkrävas.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Det statliga stöd som Portugal har genomfört enligt artikel 25 i EBF är oförenligt med den gemensamma marknaden.

Artikel 2

Portugal skall upphäva den stödordning som avses i artikel 1.

Artikel 3

1. Portugal skall vidta alla åtgärder som är nödvändiga för att från stödmottagarna återkräva det stöd som avses i artikel 1 och som olagligen utbetalats till stödmottagarna.

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

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

4. Räntan skall beräknas på grundval av den referensränta som används vid beräkningen av bidragsekvivalenten inom ramen för regionalstöd.

Artikel 4

Portugal skall inom två månader från delgivningen av detta beslut underrätta kommissionen om vilka åtgärder som har vidtagits för att följa beslutet. För att tillhandahålla dessa uppgifter skall frågeformuläret i bilaga 1 till detta beslut användas.

Artikel 5

Detta beslut riktar sig till Republiken Portugal.

Utfärdat i Bryssel den 4 juli 2006.

På kommissionens vägnar

Neelie KROES

Ledamot av kommissionen