DECISIONE DELLA COMMISSIONE

del 20 ottobre 2004

relativa all'aiuto di Stato al quale la Germania ha dato esecuzione in favore di Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale

[notificata con il numero C(2004) 3931]

(Il testo in lingua tedesca è il solo facente fede)

(Testo rilevante ai fini del SEE)

(2006/742/CE)

LA COMMISSIONE DELLE COMUNITÀ EUROPEE,

visto il trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare l'articolo 88, paragrafo 2, primo comma,

visto l'accordo sullo Spazio economico europeo, in particolare l'articolo 62, paragrafo 1, lettera a),

dopo aver invitato [1] gli interessati a presentare osservazioni conformemente ai detti articoli e viste le osservazioni trasmesse,

considerando quanto segue:

I. PROCEDIMENTO

(1) Con lettere del 31 maggio 1994 e del 21 dicembre 1994 il *Bundesverband deutscher Banken e.V.* (di seguito «BdB»), l'associazione che rappresenta le banche private aventi sede in Germania, aveva tra l'altro comunicato alla Commissione che i prestiti a sostegno dell'edilizia residenziale erano stati o sarebbero stati conferiti al patrimonio di vigilanza delle *Landesbanken* dei *Länder* Renania Settentrionale-Vestfalia, Bassa Sassonia, Schleswig-Holstein, Baviera, Amburgo e Berlino, vale a dire a favore di Westdeutsche Landesbank, Norddeutsche Landesbank, Landesbank Schleswig-Holstein, Hamburger Landesbank e Landesbank Berlin. Secondo BdB, l'aumento dei fondi propri delle *Landesbanken* interessate risultante dall'operazione costituiva una distorsione della concorrenza a favore delle banche stesse, in quanto la remunerazione pattuita non era conforme al principio dell'investitore operante in un'economia di mercato. Con la seconda lettera citata BdB ha pertanto presentato una denuncia formale, invitando la Commissione ad avviare il procedimento di cui all'articolo 93, paragrafo 2, del trattato CE (ora articolo 88, paragrafo 2). Nel febbraio e nel marzo 1995 e nel dicembre 1996 diverse banche si sono associate individualmente alla denuncia della loro associazione.

(2) Con lettere rispettivamente del 6 agosto 1997 e del 20 luglio 1998 BdB ha informato la Commissione di altri due trasferimenti patrimoniali, nello Schleswig-Holstein a favore della Landesbank Schleswig-Holstein e in Assia a favore della Landesbank Hessen-Thüringen («Helaba»). In merito a quest'ultimo caso, con lettera del 31 luglio 1998 la Commissione ha chiesto informazioni alla Germania, la quale ha risposto con lettera del 2 ottobre 1998, affermando che al momento vi era solo un disegno di legge ministeriale e che quindi non vi erano, né vi sarebbero stati in futuro, fondati motivi di preoccupazioni da parte della Commissione.

(3) La Commissione ha esaminato innanzitutto il trasferimento patrimoniale alla Westdeutsche Landesbank («WestLB»), dichiarando comunque che avrebbe verificato i trasferimenti alle altre banche alla luce delle conclusioni raggiunte nel caso WestLB [2]. In merito al caso WestLB, nel 1999 la Commissione ha infine adottato la decisione 2000/392 dell'8 luglio 1999 relativa alla misura alla quale la Repubblica federale di Germania ha dato esecuzione in favore di Westdeutsche Landesbank Girozentrale [3], che ha dichiarato l'aiuto (consistente nella differenza tra la remunerazione pagata e la remunerazione consueta sul mercato) incompatibile con il mercato comune e ne ha disposto il recupero. La decisione è stata annullata dal Tribunale di primo grado delle Comunità europee il 6 marzo 2003 per difetto di motivazione su due elementi utilizzati per il calcolo della remunerazione adeguata [4]. Il 20 ottobre 2004 la Commissione ha adottato una nuova decisione tenendo conto delle critiche formulate dal Tribunale.

(4) Il 1º settembre 1999 la Commissione ha inviato alla Germania una richiesta di informazioni in merito ai trasferimenti alle altre *Landesbanken*, tra cui anche la Helaba. Con lettera dell'8 dicembre 1999 la Germania ha trasmesso

[1] GU C 72 del 26.3.2003, pag. 3.

[2] GU C 140 del 5.5.1998, pag. 9 (decisione di avvio del procedimento).

[3] GU L 150 del 23.6.2000, pag. 1. Contro la decisione hanno presentato ricorso la Germania (causa C 376/99), il Land Renania Settentrionale-Vestfalia (causa T-233/99) e la WestLB (causa T-228/99); la Commissione ha avviato una procedura di infrazione (causa C-209/00).

[4] Sentenza del 6 marzo 2003 nelle cause riunite T-228/99 e T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Commissione, Racc. 2003, pag. II-435.

informazioni sul trasferimento alla Helaba del patrimonio speciale del Land, informazioni integrate con lettera del governo federale tedesco del 21 gennaio 2001 in risposta ad un'ulteriore richiesta di informazioni della Commissione del 31 ottobre 2000.

(5) Con lettera del 13 novembre 2002 la Commissione ha informato la Germania della decisione di avviare il procedimento formale di indagine di cui all'articolo 88, paragrafo 2, del trattato CE in merito al trasferimento alla Helaba del patrimonio speciale del Land Assia in forma di conferimento tacito (*stille Einlage*). Contestualmente la Commissione ha avviato il procedimento di indagine per analoghi trasferimenti patrimoniali alla Norddeutsche Landesbank-Girozentrale («NordLB»), alla Landesbank Schleswig-Holstein-Girozentrale («LSH»), alla Hamburgische Landesbank-Girozentrale («HLB») e alla Bayerische Landesbank-Girozentrale («BayernLB»). In precedenza la Commissione aveva già avviato, nel luglio 2002, il procedimento di indagine in relazione ad un altro analogo trasferimento di patrimonio di promozione da parte del Land Berlino alla Landesbank Berlin.

(6) Le decisioni di avvio dei procedimenti sono state pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea ([5]). La Commissione ha invitato le parti interessate a presentare osservazioni.

(7) Con lettera del 9 aprile 2003 la Germania ha presentato osservazioni in merito all'avvio del procedimento sul caso Helaba.

(8) Con lettera del 29 luglio 2003 BdB ha presentato osservazioni in merito a tutte le decisioni di avvio dei procedimenti adottate il 13 novembre 2002, osservazioni che sono state inviate alla Germania con lettera del 28 luglio 2003 con la richiesta di trasmettere commenti in merito.

(9) Con lettere del 10 ottobre 2003 e del 4 dicembre 2003 la Germania ha trasmesso i suoi commenti sulle osservazioni di BdB nel caso Helaba. Con lettera del 30 ottobre 2003 la Germania ha inoltre trasmesso i commenti del governo del Land Renania Settentrionale-Vestfalia e della WestLB in merito alle osservazioni di BdB.

(10) Con lettera del 7 aprile 2004 la Commissione ha richiesto alla Germania ulteriori informazioni in merito a tutti i procedimenti relativi alle *Landesbanken*, e con lettere del 19 maggio 2004 e del 3 agosto 2004 ha richiesto informazioni specifiche sulla Helaba. La Germania ha risposto con lettere del 1º giugno 2004, del 23 giugno 2004 e del 23 agosto 2004.

(11) Nel settembre e nell'ottobre 2004 si sono tenuti colloqui tra BdB, il Land Assia e la Helaba sulla questione della remunerazione adeguata per il capitale messo a disposizione, senza giungere ad un accordo. Con lettera del 28 settembre 2004 BdB ha presentato nuove osservazioni sul caso. La Commissione ha quindi chiesto alla Germania di trasmettere commenti anche su dette osservazioni, commenti che sono stati inviati con lettere del 1º ottobre 2004 e del 6 ottobre 2004.

([5]) NordLB: GU C 81 del 4.4.2003, pag. 2; BayernLB: GU C 81 del 4.4.2003, pag. 13; HLB: GU C 81 del 4.4.2003, pag. 24; Helaba: GU C 73 del 26.3.2003, pag. 3; LSH: GU C 76 del 28.3.2003, pag. 2.

II. DESCRIZIONE DETTAGLIATA DELLE MISURE

1. *LA HELABA*

(12) Con un totale di bilancio del gruppo di 140 miliardi di EUR (al 31 dicembre 2003), la Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale («Helaba»), con sede a Francoforte sul Meno e a Erfurt, è una delle maggiori banche tedesche. Il totale di bilancio della Banca ammonta a circa 130 miliardi di EUR, ossia ben il 90 % del totale di bilancio del gruppo. Si tratta di un ente creditizio pubblico che esercita la sua attività come organismo di diritto pubblico (*Anstalt des öffentlichen Rechts*). Proprietari e garanti della banca sono dal 1º gennaio 2001 Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen (la federazione della casse di risparmio dell'Assia e della Turingia, proprietario e garante unico al momento del conferimento, alla fine del 1998) con una quota dell'85 %, il Land Assia con il 10 % e il Land Turingia con il 5 %. Nel 2003, secondo la relazione sulle attività del gruppo, i fondi propri erano pari a circa 4,1 miliardi di EUR. Al 31 dicembre 2003 la quota dei fondi propri di base del gruppo era pari al 7,8 % e quella dei fondi propri all'11,3 %.

(13) Dato il suo assetto proprietario, la Helaba funge da «banca di fiducia» (*Hausbank*) del Land Assia e dello Stato Libero di Turingia e da istituto centrale delle casse di risparmio di questi *Länder*. La Helaba opera inoltre come banca commerciale rivolta alla clientela privata e al mercato, offrendo i suoi servizi soprattutto ai grandi clienti e fornendo assistenza come partner di clienti pubblici, i *Länder* e i Comuni, nel finanziamento e nella realizzazione di progetti di investimento. Tramite la sua partecipazione negli istituti di promozione (Landesförderinstituten) dei due *Länder*, la Helaba sostiene obiettivi economici e strutturali in Assia e in Turingia.

(14) Al 31 dicembre 2003 il gruppo Helaba occupava circa 3 500 dipendenti. La Helaba è presente in importanti centri finanziari del mondo. Oltre alle due sedi principali, Francoforte sul Meno e Erfurt, la banca ha rappresentanze a Londra, New York, Zurigo, Dublino, Madrid, Parigi e in Lussemburgo.

2. *IL TRASFERIMENTO ALLA HELABA DEL PATRIMONIO SPECIALE «WOHNUNGSWESEN UND ZUKUNFTSINVESTITION» (EDILIZIA RESIDENZIALE E INVESTIMENTI PER IL FUTURO) COME CONFERIMENTO TACITO*

(15) Con legge del 17 dicembre 1998 il Land Assia ha costituito un patrimonio speciale denominato «*Wohnungswesen und Zukunftsinvestition*» (edilizia residenziale e investimenti per il

futuro). Il ministero delle Finanze dell'Assia è stato autorizzato a trasferire detto patrimonio, in tutto o in parte, ad un ente creditizio in forma di conferimento tacito o in altra forma di partecipazione nel capitale riconosciuta ai fini di vigilanza, in cambio di una remunerazione in linea con le condizioni di mercato da destinarsi al patrimonio speciale.

(16) Il patrimonio speciale comprende i crediti vantati dal Land per i prestiti concessi tra il 1948 e il 1998 per promuovere l'edilizia residenziale sociale. Al 31 dicembre 1998 il volume dei prestiti ammontava a 7,829 miliardi di DEM (la quota del Land era pari a 6,026 miliardi di DEM). Due esperti indipendenti ne hanno calcolato il valore attualizzato a 2,473 miliardi di DEM (1,264 miliardi di EUR). Il patrimonio speciale è stato trasferito alla Helaba in forma di conferimento tacito con effetto a decorrere dal 31 dicembre 1998 mediante contratto concluso tra il Land Assia e la Helaba nel dicembre 1998.

(17) Con una nuova valutazione, decisa contrattualmente, effettuata da un esperto il 31 dicembre 2003 il valore del patrimonio di promozione è stato stimato a […] (*) milioni di EUR. L'aumento del valore è il risultato di un'eccedenza delle entrate sulle uscite dal patrimonio di promozione registrata a partire dal 1999. Tuttavia, fino all'accordo definitivo con il Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (Ente federale di vigilanza sui servizi finanziari — «BaFin»), l'ex Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (Ufficio federale per la vigilanza sul sistema creditizio — «BAKred») in merito alla valutazione effettuata dall'esperto il 31 dicembre 2003, la Helaba ha avuto a disposizione solo il precedente importo di riferimento.

(18) Al trasferimento del patrimonio speciale in forma di conferimento tacito non è associato alcun apporto di liquidità né alcun afflusso di ricavi per la banca. Le somme rimborsate sui prestiti a favore dell'edilizia residenziale (interessi e quote di ammortamento) non spettano alla banca ma sono destinati al patrimonio speciale e devono essere riutilizzate a fini di promozione.

(19) Il conferimento del patrimonio speciale alla Helaba deve essere visto alla luce dell'impegno del Land di rafforzare e di rendere più efficienti i suoi strumenti di promozione e di politica strutturale.

(20) Secondo le informazioni fornite dalla Germania, il Land aveva valutato in primo luogo la possibilità di mettere all'asta lo stock dei prestiti a favore dell'edilizia residenziale suddiviso in varie tranche da vendere al valore attualizzato all'operatore privato miglior offerente. La suddivisione in tranche avrebbe presentato il vantaggio di accrescere il numero dei possibili partner bancari del Land, dato che il circolo dei potenziali interessati ad un patrimonio del valore di circa 2,5 miliardi di DEM si presentava già in partenza ristretto. Contro questa soluzione vi era il fatto che il patrimonio speciale, funzionando come fondo rotativo, viene rifinanziato dai rimborsi dei prestiti concessi e rappresenta pertanto un tutt'uno. Secondo la Germania, il calcolo periodico del valore delle tranche attribuite ai singoli enti creditizi sarebbe stato molto costoso. Al Land sarebbe inoltre venuta a mancare la flessibilità necessaria per la fissazione delle priorità nel quadro degli obiettivi di promozione.

(21) Il Land ha quindi deciso di preservare l'integrità del patrimonio per la promozione dell'edilizia residenziale, di continuare ad utilizzare i rimborsi per obiettivi di promozione dell'edilizia residenziale e dell'economia, di organizzare la gestione del patrimonio con la massima efficacia e il massimo risparmio di costi e di generare ulteriori entrate destinando ad altre forme di utilizzazione lo stock dei crediti.

(22) Nel quadro di queste condizioni, la Helaba si è dichiarata disposta ad accettare come conferimento e a gestire lo stock complessivo dei crediti pari a 2,473 miliardi di DEM (1,264 miliardi di EUR). A favore di un trasferimento alla Helaba vi era anche il fatto che la banca sin dal 1953 amministrava come settore di attività non autonomo sotto il profilo giuridico le Landestreuhandstellen (società fiduciarie del Land — LTH) e gestiva come fiduciaria i programmi di promozione. Ai sensi del trattato intertedesco (*Staatsvertrag*) e del proprio statuto, la Helaba nel perseguire la sua politica commerciale è tenuta a osservare principi economici generali. Questi tre fattori hanno convinto il Land che la Helaba era il miglior partner bancario nella realizzazione delle finalità fissate dalla legge sul patrimonio speciale.

(23) Conformemente […] ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 4, della legge sul sistema creditizio (Kreditwesengesetz — KWG) del 30 dicembre 1998, il Land ha trasferito alla banca il patrimonio speciale come «conferimento tacito» (*stille Vermögenseinlage*) in forma di società interna (*Innengesellschaft*). Ossia il Land ha costituito con la Helaba una società tacita (*stille Gesellschaft*) ai sensi dell'articolo 230 e segg. del codice di commercio tedesco, vale a dire una società di persone in cui il socio tacito (*stiller Gesellschafter*) partecipa con il proprio capitale all'attività di un altro soggetto tramite un conferimento al patrimonio del socio attivo (*tätiger Gesellschafter*).

(24) Conformemente […] il conferimento deve «servire permanentemente come patrimonio di vigilanza della banca, nella forma di fondi propri di base ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 2, paragrafo 2bis, prima frase, paragrafo 4, della legge sul sistema creditizio e conformemente ai requisiti fissati dal Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria (Banca per i regolamenti internazionali) il 27 ottobre 1998».

(25) Perché un conferimento tacito possa essere computato nel patrimonio di vigilanza di un ente creditizio ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 4, della legge sul sistema creditizio, è necessario in particolare che partecipi per intero alle perdite e che, in caso di fallimento o di liquidazione dell'ente creditizio, venga rimborsato solo dopo il soddisfacimento di tutti i creditori. Dato che, secondo gli accordi conclusi, non è prevista la possibilità di

(*) Informazione confidenziale, in appresso […]

recesso da parte del Land Assia, il conferimento tacito, secondo la Germania, non è soggetto al limite del 15 % fissato dal Comitato di Basilea per gli strumenti finanziari innovativi, ma è stato riconosciuto dal BAKred per tutto il suo ammontare come patrimonio di vigilanza di classe 1 (fondi propri di base).

(26) Secondo la Germania, il Land avrebbe rinunciato alla soluzione alternativa di trasferire il patrimonio per la promozione dell'edilizia residenziale come capitale sociale invece che come conferimento tacito, perché all'epoca non voleva impegnarsi come azionista e garante diretto, il che non era auspicato neanche dall'allora socio unico della banca, Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen.

(27) Il trasferimento patrimoniale alla Helaba da parte del Land Assia avvenuto nel 1998 non è in rapporto temporale con precedenti trasferimenti alle *Landesbanken* di patrimonio di promozione, anch'essi oggetto della denuncia di BdB e sui quali la Commissione ha in corso procedimenti di indagine. Tuttavia, secondo la Germania, i precedenti trasferimenti sarebbero serviti in qualche misura da modello al Land Assia, sebbene nel caso del trasferimento patrimoniale alla Helaba si sia tenuto conto degli sviluppi intervenuti sul mercato dei capitali e nella regolamentazione in materia di vigilanza bancaria in direzione di un maggiore impiego e di un più diffuso riconoscimento degli strumenti di capitale ibridi e innovativi, che nella prima metà degli anni '90 non erano ancora disponibili in Germania e non erano ancora presi in considerazione ai fini di vigilanza.

3. *REQUISITI PATRIMONIALI A NORMA DELLA DIRETTIVA SUI FONDI PROPRI E DALLA DIRETTIVA SUL COEFFICIENTE DI SOLVIBILITÀ*

(28) Ai sensi della direttiva 89/647/CEE del Consiglio ([6]) (di seguito «direttiva sul coefficiente di solvibilità») e della direttiva 89/299/CEE del Consiglio ([7]) (di seguito «direttiva sui fondi propri»), in base alle quali è stata modificata la legge tedesca sul sistema creditizio, le banche sono tenute a disporre di un patrimonio di vigilanza pari all'8 % degli attivi ponderati per il rischio. Di questi almeno 4 punti percentuali devono consistere in fondi propri di base (capitale di classe 1), comprendenti gli elementi patrimoniali a disposizione dell'ente creditizio per uso immediato ed illimitato allo scopo di coprire rischi o perdite non appena essi si verificano. I fondi propri di base sono di importanza fondamentale per la dotazione complessiva di fondi propri di una banca ai fini di vigilanza, poiché i fondi propri supplementari (capitale di classe 2) sono riconosciuti ai fini della copertura delle operazioni di rischio di una banca solo per un importo pari a quello dei fondi propri di base.

4. *EFFETTI DEL CONFERIMENTO SULLA DOTAZIONE DI FONDI PROPRI DELLA HELABA*

(29) La portata delle attività di un ente creditizio dipende considerevolmente dalla dotazione di fondi propri. Questa è aumentata in misura non trascurabile grazie al trasferimento alla Helaba del patrimonio speciale.

(30) Grazie al conferimento tacito, stimato da un esperto indipendente a 2,473 miliardi di DEM (1,264 miliardi di EUR), iscritto nel bilancio della Helaba e riconosciuto come fondi propri di base ai fini di vigilanza, la Helaba dispone di un importo, annualmente variabile, pari a circa 2,3 miliardi di DEM (circa 1,2 miliardi di EUR), potenzialmente utilizzabile a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza. Secondo la Germania, la parte restante del conferimento è vincolato alla copertura patrimoniale dei crediti del patrimonio speciale. Tuttavia, nel contratto menzionato in precedenza il Land Assia e la Helaba hanno convenuto un meccanismo progressivo, secondo il quale negli anni dal 1999 al 2002 la Helaba avrebbe potuto utilizzare per l'attività esercitata in regime di concorrenza solo una quota annualmente crescente dei fondi propri di base utilizzabili e avrebbe dovuto quindi remunerare solo detta quota. Solo a partire dal 2003 l'importo riconosciuto da BaFin avrebbe potuto essere utilizzato per intero a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza, se non altrimenti vincolato per l'attività di promozione. Nella tabella che segue si riportano gli importi esatti a disposizione della Helaba come fondi propri di base utilizzabili o effettivamente utilizzati per l'attività esercitata in regime di concorrenza.

([6]) GU L 386 del 30.12.1989, abrogata e sostituita dalla direttiva 2000/12/CE, GU L 126 del 26.5.2000.

([7]) GU L 124 del 5.5.1989, abrogata e sostituita dalla direttiva 2000/12/CE.

Tabella

volume, riconoscimento ai fini di vigilanza, utilizzazione o utilizzabilità del conferimento tacito (in milioni di EUR; valori a fine anno = valori medi annui) ([8])

	1999	2000	2001	2002	2003
Valore nominale iscritto a bilancio	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
Fondi propri di base riconosciuti ai fini di vigilanza per la copertura delle attività di rischio	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
Fondi propri di base utilizzati per l'attività di promozione	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
Fondi propri di base utilizzabili a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza ma da non utilizzare a tale scopo in base al meccanismo progressivo	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
Fondi propri di base da utilizzare a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza o effettivamente utilizzati, secondo il meccanismo progressivo	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

(31) Fino all'accordo definitivo con BaFin sulla valutazione effettuata dall'esperto del patrimonio di promozione al 31 dicembre 2003 la Helaba ha avuto a disposizione un importo di riferimento di […] milioni di EUR (utilizzabile per l'attività esercitata in regime di concorrenza).

(32) Secondo le informazioni fornite dalla Germania, a seguito del trasferimento di capitale la quota di fondi propri di base, secondo la definizione dell'accordo di Basilea sui requisiti patrimoniali, notificata al BAKred (l'attuale BaFin) sarebbe aumentata dal 5,4 % (31 dicembre 1997) al 9,3 % (31 dicembre 1998) e la quota dei fondi propri dal 9,6 % (31 dicembre 1997) al 13,1 % (31 dicembre 1998). Le quote notificate dei fondi propri di base e dei fondi propri sono pertanto aumentate rispettivamente del 72 % e del 36 %.

(33) Grazie all'apporto di capitali la possibilità di espansione con attività di rischio ponderate al 100 %, nell'ipotesi di un fattore di moltiplicazione di 12,5 (corrispondente ad una quota di fondi propri dell'8 %), è aumentata di circa 28 miliardi di DEM (14 miliardi di EUR). In realtà un aumento dei fondi propri di 2,3 miliardi DEM consente di ampliare il volume ammissibile dei crediti in misura molto più consistente, dato che di norma gli attivi di una banca non sono gravati da un fattore medio di ponderazione del rischio del 100 %.

(34) Poiché l'aumento dei fondi propri di base ha consentito alla Helaba di reperire ulteriori fondi propri supplementari, la sua capacità effettiva di concessione di crediti è aumentata indirettamente in misura ancora più consistente.

([8]) Osservazioni della Germania del 23 giugno 2004, pagg. 2-7.

(35) Nel successivo quadro si riassume in forma tabellare l'andamento assoluto e relativo a partire dal 1997 dei fondi propri della Helaba, compresi il conferimento tacito del Land Assia e altri conferimenti taciti, distinguendo tra la situazione risultante dal riconoscimento ai fini di vigilanza e la situazione risultante dal meccanismo progressivo concordato contrattualmente.

Quadro: valori a fine anno		1997 milioni di EUR	1998 milioni di EUR	1999 milioni di EUR	2000 milioni di EUR	2001 milioni di EUR	2002 milioni di EUR	2003 milioni di EUR
Secondo la normativa in materia di vigilanza	Conferimento tacito del Land Assia	—	1 023	1 264	1 264	1 264	1 264	1 264
	Altri conferimenti taciti	153	153	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	Fondi propri di base	1 449	2 579	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	Quota del conferimento tacito del Land Assia in %	—	40 %	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	Quota degli altri conferimenti taciti in %	11 %	6 %	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
Secondo il meccanismo progressivo concordato	Conferimento tacito del Land Assia	—	—	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	Altri conferimenti taciti	153	153	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	Fondi propri di base	1 449	1 556	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	Quota del conferimento tacito del Land Assia in %	—	—	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
	Quota degli altri conferimenti taciti in %	11 %	10 %	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]

5. *LA REMUNERAZIONE DEI FONDI PROPRI TRASFERITI*

(36) Secondo le informazioni fornite dalla Germania, la Helaba corrisponde al Land una remunerazione, la cosiddetta *Haftungsprovision* (commissione per la funzione di copertura) dell' 1,4 % annuo, consistente nella remunerazione per la funzione di copertura pari all' 1,2 % annuo e in un premio dello 0,2 % per il carattere permanente del conferimento e per il diritto unilaterale di recesso della banca, a cui si aggiunge la corrispondente imposta sulle attività produttive gravante sulla quota del patrimonio speciale utilizzabile dalla banca, per una remunerazione totale pari all'1,66 %. Secondo il meccanismo progressivo è stato convenuto che la remunerazione nei primi quattro anni (dal 1998 al 2002) venisse corrisposta non sull'intero valore del patrimonio, bensì sulle tranche convenute, annualmente crescenti (importi di riferimento), che secondo quanto stabilito nel contratto di conferimento potevano essere utilizzate per l'attività esercitata in regime di concorrenza. Secondo le informazioni fornite dalla Germania, la Helaba è tenuta, sulla base del meccanismo progressivo, al pagamento della remunerazione a prescindere dal fatto che il conferimento tacito venga utilizzato a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza o dell'attività esercitata nel quadro della missione di servizio pubblico o che il capitale conferito venga effettivamente utilizzato a fini di solvibilità.

6. *RAGIONI DELL'AVVIO DEL PROCEDIMENTO*

(37) Nella decisione di avvio del procedimento del 13 novembre 2002 la Commissione è giunta alla conclusione preliminare che il conferimento alla Helaba dei prestiti concessi dal Land Assia a sostegno dell'edilizia residenziale costituisse verosimilmente un nuovo aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato CE, che, non essendo

soddisfatte le condizioni per le deroghe previste all'articolo 87, paragrafi 2 e 3 e all'articolo 86, paragrafo 2, del trattato CE, non appariva compatibile con il mercato comune.

(38) La Commissione ha assunto come punto di partenza del suo esame il principio dell'investitore operante in un'economia di mercato. Secondo tale principio, l'apporto di risorse statali configura un trattamento favorevole solo quando le risorse statali vengono messe a disposizione di un'impresa a condizioni che essa non riuscirebbe a ottenere nelle normali condizioni di mercato.

(39) Considerato che alla fine del 1998 il tasso di interesse a lungo termine per titoli privi di rischio (titoli del governo federale tedesco a 10 anni) era pari a circa il 4 %, la Commissione ha espresso dubbi sul fatto che la remunerazione pattuita potesse essere considerata adeguata, soprattutto tenendo conto di un premio di rischio adeguato. D'altra parte, la Commissione ha riconosciuto che per determinare la remunerazione consueta sul mercato non si può tralasciare di considerare la mancanza di liquidità del capitale conferito nel caso in oggetto. I prestiti agevolati trasferiti come conferimento tacito avrebbero continuato ad essere utilizzati a fini di promozione pubblica, come prima del trasferimento, per cui la Helaba non avrebbe potuto utilizzare i fondi trasferiti direttamente per la sua attività. Tuttavia, l'ampliamento della dotazione di fondi propri avrebbe permesso di ampliare la capacità di concessione dei crediti della Helaba (funzione di espansione delle attività dei fondi propri). La banca però avrebbe potuto massimizzare l'aumento del volume di attività solo qualora avesse rifinanziato l'intero volume supplementare dei crediti sul mercato dei capitali. Secondo la Commissione, il Land non poteva quindi aspettarsi esattamente lo stesso rendimento di un investitore di capitale liquido, per cui è giustificata una riduzione corrispondente della remunerazione. Tuttavia, data la deducibilità fiscale dei costi di rifinanziamento, appare dubbio che ciò possa giustificare la detrazione dell'intero importo dei costi lordi di rifinanziamento dalla remunerazione consueta sul mercato per un conferimento tacito liquido.

(40) La Commissione ha espresso dubbi sul fatto che la remunerazione di base dell' n % annuo pattuita per il conferimento tacito rientrasse nella fascia di mercato per operazioni equivalenti, in particolare perché il volume assoluto sembrava essere superiore a quello consueto sul mercato. La Commissione ha espresso altresì dubbi sul fatto che il premio pari allo 0,2 % annuo per il carattere duraturo del conferimento fosse consueto sul mercato e che l'imposta sulle attività produttive dello 0,26 % annuo che la Helaba era tenuta a pagare nel caso in oggetto — ma che non avrebbe pagato in caso di conferimento tacito da parte di investitori privati — potesse essere considerata come elemento della remunerazione e come elemento pertinente per il confronto di mercato.

(41) Inoltre la Commissione ha espresso dubbi sul fatto che in una situazione analoga un investitore operante in un'economia di mercato avrebbe accettato di limitare nei primi anni la remunerazione a importi parziali. In questo contesto, occorreva inoltre verificare se la Helaba traesse dalla quota non remunerata del conferimento tacito ulteriori vantaggi che avrebbero dovuto essere remunerati, in particolare un miglioramento della solvibilità, visto che sin dall'inizio il conferimento tacito è stato iscritto a bilancio per l'intero importo ed era quindi sin dall'inizio disponibile a fini di copertura.

III. OSSERVAZIONI DELLA GERMANIA

(42) La Germania ha dichiarato che negli anni 1997/1998 il Land Assia ha cercato il modo di realizzare entrate aggiuntive dal suo patrimonio per la promozione dell'edilizia residenziale, preservandone la destinazione specifica, tramite il conferimento ad un ente creditizio. Il patrimonio sarebbe dovuto rimanere indiviso. Solo la Helaba si sarebbe dichiarata disposta ad accettare queste condizioni. Gli azionisti della Helaba non avrebbero accettato un investimento nel capitale sociale da parte del Land, per cui tra gli strumenti relativi ai fondi propri di base venne preso in considerazione solo il meccanismo del conferimento tacito.

(43) Secondo la Germania, alla Helaba non si applica nessuna delle considerazioni formulate dalla Commissione in merito alle altre *Landesbanken*; in particolare la banca era in attivo, disponeva di un buon patrimonio di vigilanza e né il mantenimento del suo volume di attività né il sostegno alla crescita sarebbero dipesi dal trasferimento del patrimonio di promozione. La Helaba poteva coprire il suo fabbisogno di capitali sia tramite il suo azionistica, Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, che ricorrendo al mercato dei capitali.

(44) Dopo che con la cosiddetta «dichiarazione di Sydney» del 21 ottobre 1998 il Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria aveva formulato nuovi orientamenti in materia di riconoscimento ai fini di vigilanza degli strumenti relativi ai fondi propri per gli enti creditizi attivi a livello internazionale, il Land e la banca hanno optato per un conferimento di fondi di durata illimitata piuttosto che di durata limitata, per rispettare le nuove disposizioni sul riconoscimento come fondi propri di base al di sopra del limite del 15 %. Tuttavia il Land avrebbe chiesto un premio sulla remunerazione dello 0,20 % annuo per il carattere permanente del conferimento e per il diritto di recesso unilaterale della banca.

(45) Secondo la Germania, a seguito della citata dichiarazione di Sydney del Comitato di Basilea si sarebbe sviluppato un mercato fungibile dei conferimenti taciti, caratterizzato, per quanto riguarda gli investitori, da un'ampia diversificazione, dagli investitori privati ai grandi investitori istituzionali.

(46) Una partecipazione tacita si differenzia sostanzialmente da una partecipazione al capitale sociale. Il socio tacito non partecipa all'impresa e gode di diritti di controllo rudimentali. Mentre il capitale sottoscritto viene remunerato tramite i dividendi al netto delle imposte, la remunerazione di un conferimento tacito costituisce un costo operativo fiscalmente deducibile. Il diritto tedesco in materia di vigilanza bancaria ha riconosciuto i conferimenti taciti come fondi propri di base senza limitazione di importo già prima del 1998; le norme internazionali in materia di vigilanza bancaria hanno riconosciuto i conferimenti taciti come fondi propri di base a partire dalla «dichiarazione di Sydney» dell'ottobre 1998. Negli anni 1998/1999 gli enti creditizi avrebbero fatto un uso crescente dei conferimenti taciti. Gli importi sarebbero stati dell'ordine di 1 miliardo di USD ossia 1,2 miliardi di DEM (circa 0,6 miliardi di EUR). Ancora scarsamente diffusi

all'inizio degli anni '90, negli anni 1998/1999 i conferimenti taciti non erano più in alcun modo uno strumento di finanziamento marginale.

(47) Per la definizione giuridica e per la fissazione della remunerazione il Land si sarebbe basato su operazioni analoghe effettuate da enti creditizi privati. Ad esempio, secondo le informazioni fornite dalla Germania, nel 1998 la SGZ-Bank avrebbe concordato, per la funzione di copertura, una remunerazione dell'1,2 % annuo superiore al tasso di interesse di riferimento e la HypoVereinsbank Luxemburg dell'1,6 % annuo; nel 1999 la Dresdner Capital LLC avrebbe pattuito una remunerazione per la funzione di copertura dell'1,65 % annuo superiore al tasso di interesse di riferimento, la HypoVereinsbank Luxemburg dell'1,25 % annuo, e per un cosiddetto *perpetual* la Deutsche Bank avrebbe concordato una remunerazione dell'1,15 % annuo superiore al tasso di interesse di riferimento. I premi sulla remunerazione per i fondi raccolti dagli istituti privati si collocano sostanzialmente in una fascia compresa tra lo 0,80 % sopra il Libor a 12 mesi ([9]) e il 2,5 % sopra i titoli di Stato statunitensi ([10]). Inoltre le Sparkassen di Assia e di Turingia avrebbero concesso alla Helaba a decorrere dal 5 dicembre 1997 un conferimento tacito la cui remunerazione sarebbe stata dell'1,2 % superiore al tasso di interesse di riferimento.

(48) La Germania afferma inoltre che nel caso di tassi variabili i tassi di interesse di riferimento si riferiscono agli strumenti del mercato monetario (Libor e Euribor), nel caso di tassi fissi agli strumenti del mercato obbligazionario (titoli di Stato a tasso fisso come i titoli del tesoro statunitense e i titoli del governo federale tedesco) oppure ai tassi di interesse sul mercato dei swap. Sul mercato monetario dell'euro i prestiti verrebbero di solito effettuati sul mercato interbancario senza ulteriori premi sulla base del Libor o dell'Euribor. Fin tanto che per i conferimenti taciti venivano scelti questi tassi di interesse di riferimento i premi erano identici alla remunerazione per la funzione di copertura dei conferimenti taciti. Sul mercato obbligazionario venivano normalmente utilizzati come tassi di interesse di riferimento i rendimenti dei titoli di Stato e, a partire dalla fine degli anni '90, in misura sempre crescente il tasso *mid-swap* (= media tra il valore denaro-lettera sul mercato dei swap). Anche per le obbligazioni bancarie non subordinate, per ragioni di solvibilità e/o di liquidità, le banche sarebbero state costrette a pagare, un premio diverso, variabile in funzione della situazione contingente del mercato, rispetto ai titoli di Stato di uguale durata. Questo premio viene definito «premio di rifinanziamento». Nella valutazione dei conferimenti taciti a tasso fisso degli enti creditizi bisognerebbe pertanto detrarre dal premio corrisposto sulla remunerazione il premio di rifinanziamento.

(49) Secondo la Germania, nel biennio 1998-1999 i premi di rifinanziamento per le banche dell'area dell'euro (obbligazioni senior, indice JP Morgan) hanno oscillato entro una fascia compresa tra poco meno di 20 a ben 40 punti base rispetto ai titoli del governo federale tedesco. Verso la fine del 1998 erano pari a poco meno di 40 punti base ([11]). Invece, se si utilizza come valore di riferimento il tasso swap (*mid-swap*), il premio in termini di tasso di interesse per un conferimento tacito corrisponde ampiamente alla specifica remunerazione per la funzione di copertura del conferimento tacito, dato che sul mercato il premio in termini di tasso di interesse del tasso swap rispetto ai titoli del governo federale tedesco corrispondere all'incirca al premio in termini di tasso di interesse delle obbligazioni bancarie coperte rispetto ai titoli del governo federale tedesco, e potrebbe quindi essere convertito anche in un premio in termine di tassi di interesse rispetto all'Euribor.

(50) Il Land e la banca avrebbero condotto le trattative sul conferimento e sulla remunerazione come controparti indipendenti. Per la fissazione della remunerazione dell'1,4 % annuo alla fine pattuita (1,2 % più un premio dello 0,2 % per il carattere permanente del conferimento e per il diritto unilaterale di recesso della banca) le parti si sarebbero basate sulla predetta fascia, con un'ampia serie di dati di mercato, così come questo si presentava all'epoca.

(51) Per quanto riguarda il premio per il carattere permanente del conferimento, la Germania afferma più specificamente che le operazioni analoghe prevedevano una durata di 10 o 12 anni, ma anche di 32 anni o illimitata. Il premio dello 0,2 % annuo per il carattere permanente del conferimento è consueto sul mercato tenuto conto del merito di credito AAA/Aaa della Helaba al momento dell'operazione, un merito di credito che nessuno degli altri enti creditizi presi in considerazione raggiungeva. Dalle operazioni sul mercato dei capitali prese in considerazione a titolo di confronto non si evince alcun rapporto diretto tra entità della remunerazione e importo dei fondi raccolti, né dal punto di vista degli istituti (importo totale della rispettiva emissione) né dal punto di vista dell'investitore (importo della relativa tranche sottoscritta).

(52) Sulla remunerazione dell'1,4 % la Helaba ha dovuto inoltre pagare l'imposta sulle attività produttive, cui il Land Assia non è soggetto, il che porta l'onere complessivo all'1,66 % (al lordo delle imposte). Pertanto, secondo la Germania, nel confronto delle remunerazioni occorre tener conto, in relazione al conferimento tacito della Helaba, dell'effetto dell'imposta sulle attività produttive pari allo 0,26 % annuo. Gli investitori privati operanti in Germania pagano l'imposta sulle attività produttive sui dividendi percepiti sui conferimenti taciti. Non essendo, però, il Land Assia soggetto all'imposta sulle attività produttive, La Helaba ha dovuto pagare al suo posto l'imposta gravante sulla remunerazione del conferimento tacito. Un investitore istituzionale operante in un'economia di mercato avrebbe quindi chiesto una remunerazione più elevata di quella chiesta dal Land per compensare l'onere dovuto all'imposta sulle attività produttive. La Helaba, a sua volta, sarebbe stata senz'altro disposta a pagare al predetto investitore il premio sulla remunerazione dato che per la banca è indifferente se il premio viene pagato all'investitore come remunerazione o versato al fisco come imposta sulle attività produttive. Se si include l'effetto dell'imposta sulle attività produttive dello 0,26 % annuo, l'onere per la Helaba risultante dall'obbligo di corrispondere una remunerazione dell'1,40 % annuo per

([9]) Cfr. le osservazioni della Germania del 9 aprile 2003, pag. 25: tranche a tasso variabile del conferimento tacito assunto dalla Deutsche Bank nel gennaio 1998 per un importo di 700 milioni di USD per una durata di 10 anni.

([10]) Cfr. le osservazioni della Germania del 9 aprile 2003, pag. 25: tranche del conferimento tacito assunto dalla Dresdner Bank nel gennaio 1999 per un importo di 1 000 milioni di USD per una durata di 32 anni.

([11]) Cfr. grafico nell'allegato 15 delle osservazioni della Germania del 9 aprile 2003.

il conferimento tacito ammontava in totale all'1,66 % annuo, una percentuale che rientrava chiaramente nella fascia di mercato e che costituiva il risultato delle trattative tra la Helaba e il Land Assia.

(53) Secondo le informazioni fornite dalla Germania, per la Helaba la remunerazione pagata era fiscalmente deducibile come costo operativo. I conferimenti taciti costituiscono fondi propri solo per il calcolo della solvibilità ai fini di vigilanza, mentre sotto il profilo del diritto societario e tributario sono considerati capitale esterno.

(54) Inoltre, per la crescita annuale programmata, la banca aveva bisogno solo di […] milioni di DEM, mentre il valore del patrimonio di promozione in quanto patrimonio di vigilanza ammontava a più di […] milioni di DEM. Secondo le informazioni fornite dalla Germania, la Helaba non avrebbe accettato un conferimento tacito di 2,5 miliardi di DEM in un'unica soluzione, dato che un tale importo avrebbe coperto il suo fabbisogno di fondi propri per molti anni, preferendo invece rivolgersi a varie riprese al mercato dei capitali. Nonostante questi effetti onerosi per la Helaba non venne concordata alcuna riduzione del tasso di remunerazione dell'1,4 %. Il Land e la Helaba hanno invece convenuto come soluzione transitoria un utilizzo e una remunerazione progressivi del conferimento tacito (il meccanismo progressivo). La banca intendeva in tal modo realizzare un meccanismo in base al quale il conferimento venisse remunerato solo in funzione del conseguimento degli obiettivi di crescita fissati dal proprietario della banca e dell'importo effettivamente utilizzato per la copertura di attività di rischio. Un tale meccanismo sarebbe stato però troppo svantaggioso per il Land Assia e pertanto inaccettabile. Nel corso delle trattative intese a raggiungere un compromesso tra gli interessi divergenti, è stato concordato un meccanismo di remunerazione per tranche crescenti di anno in anno (1999: […] milioni di DEM, 2000: […] miliardi di DEM, 2001: […] miliardi di DEM, 2002: […] miliardi di DEM, 2003: […] miliardi di DEM, limite massimo dei fondi propri di base utilizzabili). Questo meccanismo progressivo prevedeva per i primi anni un aumento decisamente più veloce di quanto necessario alla crescita programmata della banca. Il comitato direttivo ha pertanto chiesto al consiglio di amministrazione di autorizzare una quota speciale aggiuntiva di […] milioni di DEM per la copertura del patrimonio di vigilanza, dai cui ricavi avrebbe dovuto essere finanziata la remunerazione della differenza, in modo da assicurare la neutralità dell'utilizzo del conferimento sotto il profilo del risultato di esercizio. Secondo la Germania ciò dimostra che la «sovra-dotazione» della banca non solo non ha creato vantaggi aggiuntivi ma che senza la quota speciale vi sarebbero state ripercussioni sui ricavi della banca, perché alla remunerazione delle quote non coperte da attività aggiuntive della base di calcolo progressivamente crescente non avrebbe corrisposto alcun reddito.

(55) In questo modo sarebbero risultati pagamenti crescenti di anno in anno per un importo fino a circa 33 milioni di DEM a partire dal 2003. Oltre alla remunerazione del conferimento tacito la banca avrebbe dovuto sostenere i costi di rifinanziamento dei crediti concessi.

(56) La Germania ha quindi formulato osservazioni in merito al principio dell'investitore operante in un'economia di mercato. Secondo la giurisprudenza, la conformità alle condizioni di mercato di una prestazione e di una controprestazione deve essere giudicata dal punto di vista dell'investitore. Solleva quindi riserve il fatto che la Commissione, come indicato nella decisione di avvio del procedimento, esamini principalmente dal punto di vista del beneficiario se la Helaba abbia ricevuto un vantaggio economico che non avrebbe ricevuto nelle normali condizioni di mercato.

(57) La Commissione segue quindi un approccio non corretto quando, nell'esaminare se dalla quota non remunerata del conferimento tacito siano derivati ulteriori vantaggi per la Helaba (miglioramento della solvibilità generale), non tiene conto se un investitore operante in un'economia di mercato avrebbe accettato una base di calcolo progressivamente crescente per la remunerazione. Secondo il punto 327 della sentenza nella causa WestLB l'esame non può essere fatto con riferimento alla sola impresa beneficiaria dell'investimento. Ogni ulteriore vantaggio del beneficiario sarebbe irrilevante se, per qualsiasi motivo, un investitore operante in un'economia di mercato non avrebbe richiesto una remunerazione aggiuntiva per detto vantaggio. Nessun ente creditizio sarebbe stato disposto a corrispondere sin dall'inizio una remunerazione sull'intero volume, qualora, per espandere la propria attività, avesse potuto utilizzare solo importi parziali soggetti ad un lento incremento e se non avesse saputo come utilizzare gli importi eccedenti. Il Land Assia voleva però investire il patrimonio speciale per la promozione dell'edilizia residenziale indiviso, nonostante la sua entità, e presso un unico ente creditizio. In un caso del genere un investitore privato non avrebbe preteso una remunerazione immediata dell'intero conferimento, se non nel caso in cui avesse trovato un ente creditizio che, o a seguito di un'espansione esplosiva della sua attività o per compensare perdite ingenti, avesse avuto bisogno di un apporto di capitale di tale entità, il che non è stato nel caso in oggetto. La Helaba non ha tratto alcun vantaggio dalle quote del conferimento tacito di cui nei primi anni non poteva avvalersi ai fini di vigilanza, né avrebbe potuto utilizzare secondo la volontà dei proprietari.

(58) Sulla base del meccanismo progressivo concordato con il Land Assia, per l'espansione dell'attività la Helaba avrebbe utilizzato solo tranche di circa […] milioni di DEM all'anno, a cui va aggiunta la summenzionata quota speciale pari a circa […] milioni di DEM. Dal punto di vista economico il meccanismo progressivo equivarrebbe ad una assunzione scaglionata nel tempo di una serie conferimenti taciti. Pertanto, gli importi ricevuti dagli enti creditizi privati potrebbero essere confrontati al massimo con gli importi delle singole tranche. Si può pertanto affermare che l'ordine di grandezza era consueto sul mercato. Il Land non ha potuto esigere un premio sulla remunerazione per l'assunzione del patrimonio speciale indiviso, a cui peraltro solo la Helaba si era detta disposta, ma ha dovuto accettare, come risultato delle trattative, che venissero remunerati progressivamente solo importi parziali del conferimento.

(59) A ragione il conferimento non è stato remunerato per la sua funzione ulteriore di copertura tramite il pagamento di una commissione di avallo, perché non è stato utilizzato dalla banca ai fini di vigilanza per l'espansione della sua attività. Infatti, sotto il profilo economico non avrebbe molto senso che un ente creditizio a cui le agenzie di rating hanno già attribuito il merito di credito più elevato debba corrispondere una remunerazione per la funzione di copertura di fondi ulteriori da esso raccolti. Le condizioni alle quali l'ente creditizio ha potuto raccogliere capitale esterno non sarebbero ulteriormente migliorate, per cui non vi è stato un vantaggio monetario. Pertanto, l'investitore, nel cui interesse il capitale è stato conferito per intero e indiviso alla banca, non avrebbe potuto imporre una remunerazione per la funzione di copertura.

(60) Le riserve formulate dalla Commissione nella decisione di avvio del procedimento in merito alla mancanza di liquidità del capitale si basano in parte dalla metodologia adottata nella decisione relativa al caso WestLB, metodologia che non può applicarsi al caso in oggetto date le notevoli differenze nelle circostanze di fatto. Secondo la Germania, nel caso in oggetto, occorre detrarre dalla remunerazione dei conferimenti taciti analoghi ma liquidi i costi lordi di rifinanziamento e non soltanto i costi netti, dato che anche nel caso degli enti creditizi privati la remunerazione per la funzione di liquidità dei conferimenti taciti da essi raccolti è deducibile fiscalmente. Se nel caso della Helaba si detraggono dalla remunerazione fittizia per un conferimento tacito liquido solo i costi netti di rifinanziamento, altrettanto occorre fare per la remunerazione effettivamente pagata dagli enti creditizi privati per conferimenti taciti liquidi, altrimenti il confronto risulta falsato.

IV. **OSSERVAZIONI DEGLI INTERESSATI**

1. *OSSERVAZIONI DEL DENUNCIANTE BDB*

(61) Secondo BdB, la Helaba non ha pagato una remunerazione adeguata per i fondi propri di base conferiti e ha ricevuto di conseguenza un aiuto di Stato.

(62) Nelle sue osservazioni del 29 luglio 2003 in merito ai procedimenti avviati il 13 novembre 2002 nei confronti delle *Landesbanken*, BdB sostiene che, per determinare la remunerazione adeguata occorra utilizzare la metodologia applicata dalla Commissione nella decisione relativa al caso WestLB.

(63) Il primo passo consiste nel mettere a confronto il capitale messo a disposizione con altri strumenti di capitale proprio. Come secondo passo, occorre determinare la remunerazione minima che un investitore potrebbe aspettarsi per l'investimento concreto nei fondi propri della *Landesbank*. Infine, vanno calcolate le maggiorazioni e le riduzioni eventualmente applicate in ragione delle specificità del trasferimento.

1.1. CONFRONTO CON ALTRI STRUMENTI DI CAPITALE PROPRIO

(64) Secondo le informazioni fornite da BdB, a partire dal 1992 quasi tutte le *Landesbanken* hanno avuto bisogno di fondi propri di base aggiuntivi per soddisfare i requisiti più rigorosi imposti dalla nuova direttiva sul coefficiente di solvibilità. Senza gli aumenti di capitale, le *Landesbanken* avrebbero dovuto ridimensionare l'attività. Se ne deduce, secondo BdB, che il capitale conferito può essere messo a confronto solo con gli strumenti di capitale proprio che nell'anno del conferimento erano riconosciuti come fondi propri di base (capitale di classe 1) e disponibili in Germania. Per tale ragione, sarebbero automaticamente esclusi dal confronto le azioni privilegiate, prive di diritto di voto, i diritti di godimento (*Genussrechte*) e le cosiddette *perpetual preferred shares* (azioni privilegiate irredimibili), tre strumenti di capitale proprio che in Germania non sono riconosciuti come fondi propri di base, ma solo come fondi propri supplementari (capitale di classe 2).

(65) All'epoca in cui vennero effettuati i vari conferimenti, in Germania erano riconosciuti come fondi propri di base solo il capitale sociale e le partecipazioni tacite. Secondo la BdB l'unica forma giuridica che la Helaba aveva a disposizione per l'investimento concreto era il capitale sociale. BdB non contesta il riconoscimento effettivamente intervenuto da parte delle autorità, ma sostiene piuttosto che non si sarebbe dovuto procedere al riconoscimento, dato che sotto il profilo economico e giuridico il conferimento tacito del Land Assia concordato nel caso specifico è equiparabile unicamente al capitale sociale e non ai «normali» conferimenti taciti. Dato che ormai il riconoscimento vi è stato, quantomeno la remunerazione del conferimento tacito dovrebbe basarsi sulla remunerazione del capitale sociale, dato che un investitore operante in un'economia di mercato avrebbe preteso tale remunerazione, vista l'analogia con il capitale sociale e tenuto conto della concreta struttura del rischio.

(66) BdB analizza quindi, sulla base di una serie di criteri, perché a suo parere il conferimento tacito del Land Assia vada confrontato, sotto il profilo economico e giuridico, con il capitale sociale e non con i conferimenti taciti osservabili sul mercato.

(67) Nelle sue considerazioni BdB si basa sostanzialmente sul fatto che i «normali» conferimenti taciti sono solo di durata limitata, prevedono la possibilità di recesso e, secondo i principi del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, non possono essere utilizzati per volumi superiori al 15 % dei fondi propri di base; invece, il conferimento tacito del Land Assia, al pari del capitale sociale, è di durata illimitata e consente il superamento del limite del 15 %. Inoltre da un accordo sul carattere subordinato non si può dedurre l'esistenza di un rischio ridotto per l'investitore, dato che il capitale conferito costituisce una parte consistente del totale dei fondi propri di base, in alcuni casi fino al 50 %. Ciò accresce sostanzialmente le probabilità che in caso di

perdita si faccia ricorso al capitale conferito, ragione per cui si dovrebbe corrispondere un premio di rischio superiore. BdB sostiene inoltre che sotto il profilo della vigilanza bancaria i conferimenti taciti andrebbero riconosciuti unicamente come capitale di classe 1 di livello inferiore (*lower-tier-1*), per cui, conformemente alla «dichiarazione di Sydney» del 1998 del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria potrebbero costituire solo fino al 15 % della quota richiesta di fondi propri di base. Pertanto le partecipazioni tacite non possono essere utilizzate per grandi volumi che superano questo limite. Infine, i *perpetuals* della Deutsche Bank citati dalla Germania non possono essere assunti come criterio di riferimento di una remunerazione adeguata, dato che, essendo soggetti tutti al limite del 15 %, non avrebbero potuto costituire un'alternativa per la Helaba alla fine del 1998.

(68) Un altro elemento da considerare è il fatto che il Land ha messo a disposizione della Helaba il conferimento senza possibilità di recesso da parte sua, ossia per una durata illimitata. Sebbene neanche un azionista possa «recedere» dal suo capitale azionario, egli è tuttavia libero di decidere di vendere le sue azioni e di investire altrove. A prescindere dai dettagli della forma giuridica, nel caso di specie manca una tale trasferibilità, dato che in ogni modo non esiste un mercato per un investimento di tale entità e di durata illimitata. Al contrario gli investitori privati si riservano di norma la possibilità di ritirare il loro capitale in caso di risultati costantemente negativi, per poterli investire in modo più redditizio. Un investitore privato potrebbe forse accettare di vincolare in modo permanente il capitale di rischio solo in cambio di un rendimento elevato.

(69) La forma di apporto di capitale scelta nel caso di specie rappresenta pertanto un normale investimento nel capitale sociale, per il quale un investitore operante in un'economia di mercato esigerebbe un rendimento corrispondente. In particolare, non si può tener conto della durata illimitata semplicemente tramite un premio sul rendimento di base di un conferimento tacito (di durata limitata) determinato tramite un simile confronto.

(70) Le due tabelle che seguono illustrano le differenze sostanziali tra il «conferimento tacito» della Helaba e gli altri strumenti di capitale proprio a disposizione al momento in cui l'investimento venne realizzato:

	«Conferimento tacito» della Helaba	Capitale sociale	Partecipazione tacita	Azioni privilegiate	Diritti di godimento	*Preferred Shares*
Disponibilità sul mercato tedesco nel 1998	Sì	Sì	Sì	Sì	Sì	Sì
Qualificazione sotto il profilo della vigilanza	Fondi propri di base	Fondi propri di base	Fondi propri di base solo a determinate condizioni e limite del 15 %	Fondi propri supplementari	Fondi propri supplementari a determinate condizioni	Fondi propri supplementari o fondi propri di base con limite del 15 %

	Capitale sociale	«Conferimento tacito» della Helaba	Partecipazione tacita
Applicabile ai grandi volumi	Sì	Sì	No
Durata illimitata	Sì	Sì	No
L'investitore non gode del diritto di recesso	Sì	Sì	Sì
Partecipazione alle perdite correnti	Sì	Sì	Sì
Rimborso dopo i creditori in caso di insolvenza	Sì	Sì Nessuna «subordinazione» interna rispetto al capitale sociale	Sì Rimborso prima del capitale sociale

	Capitale sociale	«Conferimento tacito» della Helaba	Partecipazione tacita
Remunerazione in funzione degli utili	Sì	Sì	Sì
Nessun pagamento posticipato in caso di mancata remunerazione	Sì	Sì	No Possibilità di pagamento posticipato cumulativo

1.2. DEDUCIBILITÀ FISCALE

(71) BdB mette in dubbio che la quota degli utili del Land Assia sia fiscalmente deducibile come costo operativo. Si può supporre che con il conferimento tacito il Land Assia si sia assunto un notevole rischio imprenditoriale, in ragione sia dell'importo elevato del capitale investito sia dell'impossibilità di recedere dalla partecipazione. Questo rischio imprenditoriale giustificherebbe l'esistenza di una *Mitunternehmerschaft* (compartecipazione all'impresa, una forma atipica di società tacita), la qualificazione ai fini fiscali del conferimento tacito come fondi propri della *Mitunternehmerschaft* e la non deducibilità nel caso della Helaba della quota degli utili del socio tacito come costo operativo.

1.3. LA REMUNERAZIONE MINIMA PER UN INVESTIMENTO NEL CAPITALE SOCIALE DI UNA *LANDESBANK*

(72) BdB sostiene che tutti i metodi per determinare la remunerazione adeguata (rendimento) dei fondi propri messi a disposizione assumono come punto di partenza un rendimento privo di rischio a cui viene aggiunto un premio di rischio. Tali metodi possono essere ricondotti al seguente principio di base:

Rendimento previsto per un investimento rischioso

= Rendimento privo di rischio + premio di rischio per l'investimento rischioso

(73) Per stabilire il rendimento privo di rischio, BdB si rifà ai rendimenti dei titoli di Stato a lungo termine, dato che i titoli a reddito fisso degli emittenti pubblici costituiscono una forma di investimento priva di rischio o che presenta il rischio minore ([12]).

(74) Per calcolare il premio di rischio, BdB determina in primo luogo il «premio di rischio del mercato», ossia la differenza tra il rendimento medio a lungo termine delle azioni e quello dei titoli di Stato. Per il mercato azionario tedesco, BdB, basandosi su uno studio di Stehle-Hartmond (1991), ipotizza un premio di rischio del mercato a lungo termine pari ad una percentuale uniforme del 4,6 %.

([12]) Per eliminare gli effetti dell'inflazione, occorre determinare, per il periodo in cui è avvenuto ciascun conferimento, il tasso di rendimento dei titoli di Stato a lungo termine, senza tenere conto inizialmente delle aspettative di inflazione. In seguito, per stimare il tasso di base privo di rischio a lungo termine, al «tasso di base reale» vigente al momento in questione viene aggiunto il dato stimato dell'inflazione media a lungo termine attesa, pari al 3,60 %.

(75) In secondo luogo, BdB determina il valore di beta delle *Landesbanken*, ovvero il premio di rischio individuale delle banche, in funzione del quale deve essere adeguato il premio di rischio generale del mercato. BdB ha dichiarato di aver determinato il valore di beta statisticamente, il che significa che i valori di beta sono stimati sulla base di un campione di dati storici. Secondo il risultato ottenuto da BdB tutti i valori di beta per tutte le *Landesbanken* e per tutti i periodi considerati sono maggiori di uno ([13]).

(76) Secondo i calcoli di BdB, la remunerazione minima attesa per l'investimento nel capitale sociale della Helaba al 31 dicembre 1998, data del conferimento del patrimonio di promozione, ammontava all'11,66 % annuo.

1.4. MAGGIORAZIONI E RIDUZIONI IN RAGIONE DELLE SPECIFICITÀ DELLE OPERAZIONI

(77) BdB osserva che il tasso del 4,2 % che nella decisione sul caso WestLB la Commissione aveva detratto dalla remunerazione minima del 12 % in ragione della mancanza di liquidità del patrimonio di Wfa è stato confermato dal Tribunale di primo grado. Non vi sarebbero motivi per discostarsi da questo metodo, per cui anche nei casi in oggetto dovrebbe essere applicata una riduzione per mancanza di liquidità. L'importo della riduzione per mancanza di liquidità dovrebbe essere calcolato, secondo il metodo già applicato nel caso WestLB, sulla base dei costi netti di rifinanziamento (costi lordi di rifinanziamento al netto dell'imposta sulle società).

(78) Nel caso della Helaba la riduzione per mancanza di liquidità andrebbe calcolata sulla base di un tasso lordo di rifinanziamento del 6,57 % annuo (corrispondente al tasso di interesse di base di un investimento non rischioso a lungo termine al momento del conferimento nel 1998), al quale si applica la relativa aliquota fiscale complessiva, così da ottenere il tasso netto di rifinanziamento.

([13]) A titolo di confronto, BdB fornisce anche i valori di beta teorici, calcolati sulla base del *Capital Asset Pricing Model* (CAPM), i quali, come da esso sottolineato, differiscono appena dai valori empirici.

(79) Secondo BdB, rispetto ad un «normale investimento nel capitale sociale», le procedure di trasferimento in oggetto presentano tre aspetti che favoriscono un aumento del rischio: il volume, in parte estremamente elevato, degli attivi trasferiti, la mancata emissione di nuove quote societarie e la conseguente rinuncia a diritti di voto aggiuntivi e la mancanza di fungibilità dell'investimento, ossia l'impossibilità di ritirare in qualsiasi momento dall'impresa il capitale investito. Applicando il metodo utilizzato nel caso WestLB, BdB ritiene giustificato un premio pari ad almeno l'1,5 % annuo.

1.5. BASE DI CAPITALE E ELEMENTI DELLA REMUNERAZIONE

(80) Innanzitutto, BdB rileva che nel caso della Helaba occorre prendere come base per il calcolo della remunerazione adeguata l'importo totale riconosciuto come fondi propri di base a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza e non solo la quota effettivamente utilizzata ovvero utilizzabile. A suo avviso, infatti, un investitore operante in un'economia di mercato non accetterebbe di limitare la remunerazione alla quota dei fondi effettivamente utilizzati. Per l'investitore privato, che si assume il rischio di perdita dell'investimento, è indifferente se l'ente creditizio utilizzi o no il capitale conferito per espandere la sua attività. Determinante, dal suo punto di vista, è piuttosto il fatto che non può più investire l'importo conferito e ricavarne un rendimento.

(81) Il calcolo della remunerazione per gli anni dal 1998 al 2002 sulla base di tranche annualmente crescenti non è giustificato né come riduzione in ragione del mancato «frazionamento» del capitale conferito né per il fatto che il conferimento in blocco sarebbe stato oneroso per la Helaba. Anche qualora si ipotizzi che l'apporto di capitale non fosse necessario per soddisfare i criteri di solvibilità, esso ha comunque accresciuto notevolmente la dotazione di fondi propri della Helaba, consentendole un forte miglioramento della sua competitività. Un investitore operante in un'economia di mercato avrebbe quindi preteso la remunerazione dell'intero importo in ragione del riconoscimento come patrimonio di vigilanza.

(82) Alla quota del capitale conferito che non poteva essere utilizzata a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza dovrebbe essere applicata la commissione per la funzione di copertura pari allo 0,3 % annuo (determinata confrontando l'importo del capitale con una fideiussione) che la Commissione ha assunto come base nella decisione relativa al caso WestLB.

(83) Solo la «commissione per la funzione di copertura» e il «premio per il carattere permanente» possono essere considerati elementi della remunerazione. L'imposta sulle attività produttive, che tra l'altro viene corrisposta in misura preponderante non al Land bensì al Comune, non può essere un elemento della remunerazione. Si tratta di un onere imposto dalla legge, riferito ad una fattispecie fiscale indipendente dalle intenzioni delle parti.

(84) Infine, il rendimento non viene corrisposto al Land Assia, ma, una volta detratta l'imposta sui redditi di capitale, «versata come importo netto al patrimonio speciale». In sostanza, essendo proprietaria (unica) del patrimonio speciale, la Helaba paga a se stessa, cosa che però un investitore privato non avrebbe accettato come corrispettivo per il suo investimento.

2. *OSSERVAZIONI DEL LAND RENANIA SETTENTRIONALE-VESTFALIA E DELLA WEST-LB*

(85) Nelle osservazioni trasmesse il 30 ottobre 2003 dal governo federale in merito alla decisione della Commissione del 13 novembre 2002 di avviare il procedimento di indagine, il Land Renania Settentrionale-Vestfalia e la WestLB contestano che i patrimoni conferiti alle *Landesbanken* possano essere equiparati a capitale sociale. Essi sostengono invece che in Germania i conferimenti taciti e i cosiddetti *perpetuals* sono stati riconosciuti come fondi propri di base sin dal 1991. Inoltre, la remunerazione di un investimento non dipende dalla qualificazione attribuitagli dalle autorità di vigilanza bancaria, bensì dal relativo profilo di rischio. Dato che il patrimonio in questione ha carattere di garanzia subordinata, la struttura del rischio presenterebbe maggiori analogie con i conferimenti taciti o con i cosiddetti *perpetuals* che con gli investimenti nel capitale sociale.

(86) La WestLB non ha niente da obiettare sotto il profilo metodologico all'uso del metodo CAPM per il calcolo della remunerazione minima di un investimento nel capitale sociale, ma ritiene che i valori di beta calcolati da BdB, nettamente superiori a 1, non siano corretti. Un fattore beta superiore a 1 significa che le azioni di una società presentano un rischio più elevato del rischio generale di mercato. Tuttavia l'investimento in una *Landesbank* presentava un rischio nettamente inferiore al rischio generale di mercato, in forza dell'esistenza, all'epoca indiscussa, dell'*Anstaltslast* (obbligo dell'ente pubblico proprietario di un organismo avente funzioni pubbliche di fornirgli i mezzi finanziari necessari al suo funzionamento) e della *Gewährträgerhaftung* (l'obbligo dell'ente pubblico proprietario di un organismo avente funzioni pubbliche di far fronte ai creditori che questo non riuscisse a soddisfare tramite il proprio patrimonio).

(87) Nel caso specifico delle *Landesbanken* sarebbe inoltre un errore utilizzare come riferimento il rendimento atteso al momento del conferimento del patrimonio. Questo approccio nel quadro del test dell'investitore privato sembra in principio ragionevole. Nel caso in oggetto esso imporrebbe di utilizzare il rendimento atteso nel 1991. Tuttavia, il fatto che un investitore riceva nel 2003 il rendimento atteso nel 1991, rendimento che supera ampiamente i rendimenti effettivamente conseguiti, contraddice ogni realtà economica. Applicare in modo schematico e permanente un tasso di rendimento di circa il 12 % equivarrebbe ad una penalizzazione ingiustificabile delle *Landesbanken* rispetto ai concorrenti privati.

(88) Per quanto riguarda la riduzione per la mancanza di liquidità del patrimonio trasferito, la WestLB e il Land Renania Settentrionale-Vestfalia ritengono che il tasso dei titoli di Stato privi di rischio dovrebbe essere detratto integralmente dal rendimento di base. Essi sostengono che le *Landesbanken* non hanno ricevuto alcuna liquidità a seguito del trasferimento del patrimonio. Non è sostenibile sotto il profilo economico detrarre da questo tasso i risparmi fiscali, in quanto la remunerazione degli strumenti del mercato dei capitali è indipendente dalla situazione

fiscale. Se ciò non fosse, il prezzo di uno stesso strumento del mercato dei capitali dovrebbe variare in funzione del regime fiscale.

(89) Infine, il fatto che la mancanza di liquidità dei patrimoni non metteva a rischio la posizione di liquidità aveva l'effetto di ridurre il rischio e di conseguenza la remunerazione, elemento questo di cui occorreva tenere conto tramite una corrispondente riduzione. Analogamente doveva essere concessa una riduzione per l'«effetto proprietario», in quanto un investitore che già possiede azioni di una società valuta un investimento aggiuntivo diversamente da un nuovo investitore.

V. COMMENTI DELLA GERMANIA SULLE OSSERVAZIONI DI BDB

(90) Secondo la Germania BdB non è riuscito nel tentativo di reinterpretare il conferimento tacito come investimento nel capitale sociale e di mettere in dubbio l'adeguatezza della remunerazione concordata con il Land Assia e ad esso corrisposta. Non vi è pertanto alcun aiuto di Stato.

(91) Secondo la Germania, non è giustificato calcolare la remunerazione indirettamente facendo riferimento alla remunerazione di un investimento fittizio nel capitale sociale. Sin dall'inizio il Land Assia ha conferito alla banca il patrimonio per la promozione dell'edilizia residenziale come conferimento tacito. Si tratta di uno strumento di finanziamento disciplinato dal diritto societario, dal diritto tributario e dalle norme in materia di vigilanza bancaria, che si differenzia sostanzialmente dall'investimento nel capitale sociale, un investimento quest'ultimo al quale il Land non era interessato e che i proprietari della banca non avrebbero accettato.

(92) Da un lato BdB tralascia di considerare alcune caratteristiche importanti che differenziano il capitale sociale dai conferimenti taciti, dall'altro invoca differenze inesistenti tra i conferimenti taciti «normali» e il conferimento tacito del Land Assia.

(93) In sostanza BdB sostiene che le partecipazioni tacite sono di durata limitata o prevedono la possibilità di recesso e pertanto, conformemente ai principi del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria, sono riconosciute come fondi propri di base fino al 15 % del totale dei fondi propri di base di un ente creditizio. Essendo stato conferito alla Helaba per una durata illimitata e non essendo soggetto al limite del 15 %, il conferimento tacito del Land Assia non costituisce un conferimento tacito «normale», ma rappresenta, dal punto di vista funzionale, capitale sociale; pertanto, per il calcolo della remunerazione, occorre basarsi non su altri conferimenti taciti né su altri strumenti di capitale innovativi bensì sugli investimenti nel capitale sociale.

(94) Questo argomento centrale di BdB non è corretto per molteplici motivi. La durata limitata e la possibilità di recesso non costituiscono, né sotto il profilo del diritto societario né ai sensi delle disposizioni in materia di vigilanza bancaria, caratteristiche obbligatorie e irrinunciabili delle partecipazioni tacite. A sua volta il capitale sociale non deve essere necessariamente di durata illimitata ed escludere la possibilità di recesso. Ai sensi del diritto societario tedesco, tutte le società, a prescindere dalla loro forma giuridica, possono essere costituite per una durata limitata ovvero può essere prevista la possibilità di recesso in caso di conferimento, il che non ne inficia il riconoscimento come fondi propri di base ai sensi delle disposizioni tedesche sulla vigilanza bancaria.

(95) BdB omette inoltre di menzionare che, secondo la «dichiarazione di Sydney» del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria e conformemente alla prassi delle autorità di vigilanza tedesche che ne è derivata, il limite del 15 % per il riconoscimento come fondi propri di base conformemente alle disposizioni internazionali in materia di vigilanza bancaria non si applica agli strumenti di capitale permanenti per i quali la possibilità di recesso spetti solo all'emittente (ma non all'investitore). Tra l'altro, la prassi seguita nel frattempo dalle autorità di vigilanza tedesche è quella di considerare anche un conferimento di durata almeno trentennale e per il quale il recesso dell'investitore sia esplicitamente escluso messo a disposizione «permanentemente» e non soggetto quindi al limite del 15 %. Ciò dimostra che la differenza tra conferimento di durata limitata e di durata illimitata non è affatto così netta come sostiene BdB, il che non consente né giustifica in nessun modo il tentativo di reinterpretare i conferimenti taciti come capitale sociale ai fini del calcolo della remunerazione adeguata.

(96) Solo pochi mesi dopo la Helaba, la Deutsche Bank ha raccolto direttamente sul mercato dei capitali un conferimento «perpetuo» in forma di un cosiddetto «*perpetual*». Diversamente da quanto sostenuto da BdB, a detto conferimento, secondo quanto riferito in un articolo di giornale, non si applica il limite del 15 %, dato che non è stato concordato un aumento del tasso di interesse nel caso in cui la banca non eserciti il diritto di recesso accordatole (nessuna clausola di *step-up*). I *perpetuals* della Deutsche Bank non rappresentano affatto un'eccezione, dato che, stando agli esempi citati dalla Germania, nel periodo successivo altri enti creditizi hanno raccolto partecipazioni «perpetue» sul mercato. Nessuna delle emissioni, il cui volume poteva variare in caso di forte domanda dai 150 milioni di EUR a più di 2 miliardi di EUR, assicurava un rendimento che fosse anche solo lontanamente equivalente a quello del capitale sociale: la remunerazione oscilla tra 110 e 290 punti base sopra il *mid-swap*. Già nel 1999, ai fini della determinazione della remunerazione, il mercato non attribuiva alcuna importanza determinante né alla differenza tra strumenti di capitale a durata limitata e strumenti a durata illimitata né alla questione se i proventi dell'emissione ricadessero o no nel limite del 15 %.

(97) Infondati sono anche i criteri invocati in maniera selettiva da BdB, criteri che dovrebbero dimostrare, da un lato, le analogie tra capitale sociale e conferimento tacito del Land

Assia e, dall'altro, le differenze tra questo e i conferimenti taciti «normali». BdB, da un lato, tralascia di considerare la libertà lasciata alle parti di decidere in merito alla configurazione dei conferimenti taciti e, dall'altro, non tiene conto di caratteristiche essenziali e imprescindibili che distinguono il capitale sociale dalla partecipazione tacita.

(98) Il capitale sociale non viene retribuito con un tasso di interesse, ma conferisce il diritto al pagamento di un dividendo, in funzione e soprattutto in proporzione agli utili. Al contrario la remunerazione di un conferimento tacito è solo in funzione degli utili. Nel caso del conferimento tacito, è lasciata alla libertà delle parti la decisione se prevedere o no pagamenti posticipati, una possibilità che comunque non rientra tra gli elementi costituitivi delle partecipazioni tacite «normali». In ogni caso secondo […] ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 4, della legge sul sistema creditizio è però previsto in caso di perdita l'obbligo subordinato di pagamento posticipato, tipico dei conferimenti taciti. Prioritario è l'obbligo di ricostituire l'importo originario del conferimento grazie agli utili futuri ([14]).

(99) L'affermazione che per volumi molto grandi si può ricorrere solo al capitale sociale e non alle partecipazioni tacite «normali» viene contraddetta dall'entità dei conferimenti taciti raccolti sul mercato dei capitali da enti creditizi privati sia negli anni 1998/1999 che al momento attuale, per importi fino a circa 1 miliardo di EUR. In termini relativi, ogni conferimento tacito, anche quelli che superano il limite del 15 %, viene riconosciuto come fondi propri di base se soddisfa i requisiti del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria e la prassi delle autorità di vigilanza tedesche che ne è derivata.

(100) Un esempio recente della possibilità di superamento del limite del 15 % viene fornito da una delle banche appartenenti al BdB, la Deutsche Bank, con l'operazione finanziaria decisa il 2 dicembre 2003. Si tratta della raccolta di conferimenti taciti presso investitori privati per un importo complessivo di 300 milioni di EUR per una durata illimitata (cosiddetto *perpetual*) ([15]). Ciò dimostra ancora una volta che anche per i grandi volumi il mercato dei conferimenti taciti delle banche tedesche è liquido e trasparente. Con un premio pattuito per la funzione di copertura dello 0,99 %, l'operazione costituisce inoltre un'ulteriore dimostrazione del fatto che la remunerazione per la funzione di copertura del conferimento tacito nella Helaba da parte del Land Assia è in linea con il mercato ed è stata calcolata tenendo conto delle condizioni di mercato.

(101) Su richiesta della Commissione la Germania ha presentato una tabella che illustra l'andamento dei conferimenti taciti e degli altri strumenti di capitale ibridi presso un gruppo scelto di grandi banche nel periodo dal 1998 al 2003. Secondo la Germania, dalla tabella si evince chiaramente come e in che misura gli enti creditizi menzionati hanno raccolto strumenti di capitale ibridi anche al di sopra del limite del 15 % fissato a fini di vigilanza bancaria, dato che la quota di detti strumenti sul totale dei fondi propri di base supera il 15 % ([+]).

	[Banca A]			[Banca B]			[Banca C]		
	Strumenti di capitale ibridi (di cui conferimenti taciti) (milioni di €)	Fondi propri di base (milioni di €)	Quota degli strumenti di capitale ibridi (%)	Strumenti di capitale ibridi (milioni di €)	Fondi propri di base (milioni di €)	Quota degli strumenti di capitale ibridi (%)	Strumenti di capitale ibridi (milioni di €)	Fondi propri di base (miliardi di €)	Quota degli strumenti di capitale ibridi (%) (*)
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]) Nel […] si legge: «[…]»

([15]) Cfr. *Börsenzeitung* del 7 novembre 2003 e *International Financial Review* del 22 novembre 2003.

([+]) I nomi delle grandi banche private elencate costituiscono informazioni riservate. Esse saranno dunque designate nella tabella come banca A, banca B e banca C.

	[Banca A]			[Banca B]			[Banca C]		
	Strumenti di capitale ibridi (di cui conferimenti taciti) (milioni di €)	Fondi propri di base (milioni di €)	Quota degli strumenti di capitale ibridi (%)	Strumenti di capitale ibridi (milioni di €)	Fondi propri di base (milioni di €)	Quota degli strumenti di capitale ibridi (%)	Strumenti di capitale ibridi (milioni di €)	Fondi propri di base (miliardi di €)	Quota degli strumenti di capitale ibridi (%) (*)
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 %

(*) sulla base di un'iscrizione integrale nei fondi propri di base

(**) incluse le azioni privilegiate cumulative dopo il deconsolidamento delle società fiduciarie

(102) Diversamente da quanto sostenuto da BdB, in caso di insolvenza, sia il conferimento tacito del Land Assia che i conferimenti taciti raccolti sul mercato dei capitali verrebbero rimborsati prima del capitale sociale, ossia avrebbero la precedenza su quest'ultimo. Diversamente da quanto sostenuto da BdB, in caso di insolvenza, sia il Land Assia che l'investitore di un qualsiasi conferimento tacito riceverebbero una quota parte della massa fallimentare, mentre il proprietario rimarrebbe a mani vuote, il che rappresenta un rischio ridotto rispetto al capitale sociale.

(103) La società tacita si differenzia sostanzialmente dal capitale sociale per il fatto che il socio tacito non partecipa al patrimonio dell'impresa né gode del diritto di voto. Nella sua analisi BdB ignora questa distinzione, pretendendo invece che venga corrisposto un premio. Il mercato non segue questa logica.

(104) I dubbi espressi da BdB sulla deducibilità fiscale della remunerazione sono infondati. Il Land Assia non si è assunto né il rischio né l'iniziativa imprenditoriali inerenti ad una *Mitunternehmerschaft*. Conformemente al contratto di costituzione della società tacita, come ogni tipico socio tacito, il Land Assia partecipa unicamente ai profitti e alle perdite correnti della Helaba, non però alle riserve tacite (*stille Reserven*), né all'avviamento né alle rivalutazioni del patrimonio della società. Con lo scioglimento della società tacita gli viene restituito unicamente il suo conferimento. Al Land Assia non è stata data alcuna possibilità di esercitare diritti societari equivalenti ai diritti di voto, di controllo o di opposizione di un socio in accomandita o ai diritti di controllo di cui all'articolo 716, paragrafo 1, del codice civile tedesco propri del socio di una società disciplinata dal codice civile. Peraltro, ai sensi del trattato intertedesco (*Staatsvertrag*) concluso tra i Länder Assia e Turingia sulla costituzione di una organizzazione comune delle casse di risparmio, la banca non avrebbe potuto ammettere un socio tacito atipico. Non sussistendo una *Mitunternehmerschaft* anche le autorità fiscali hanno riconosciuto la deducibilità fiscale della remunerazione corrisposta al Land Assia.

(105) Anche il trattamento contabile è diverso. Il servizio del capitale sociale avviene tramite l'utile di bilancio (eccedenza delle voci dell'attivo su quelle del passivo) su decisione dell'assemblea generale. Nel caso del conferimento tacito del Land Assia la remunerazione riduce invece il risultato operativo della banca in quanto diminuisce gli interessi netti percepiti (la remunerazione è una componente delle spese per interessi) e, non rappresentando una destinazione dell'utile, non richiede una decisione dei soci. Questo trattamento contabile obbligatorio del conferimento tacito va a incidere sul *cost/income ratio* (rapporto tra costi operativi e margine di intermediazione) e sulla redditività contabile del capitale proprio.

(106) Contrariamente a quanto sostiene BdB, un investitore operante in un'economia di mercato avrebbe accettato di limitare la base di calcolo della remunerazione alla quota effettivamente utilizzata per l'espansione dell'attività, senza chiedere una remunerazione dello 0,3 % per la quota eccedente, in analogia con la decisione della Commissione nel caso WestLB. Dato il limitato fabbisogno comunicato sin dall'inizio dalla Helaba, nessun altro investitore sarebbe riuscito a ottenere un risultato negoziale migliore di quello ottenuto dal Land Assia.

(107) In merito al livello della remunerazione adeguata, l'argomentazione di BdB è errata nelle premesse stesse. L'unico criterio di riferimento può esser costituito dalle remunera-

zioni pattuite sul mercato nel periodo in oggetto per analoghi conferimenti taciti in enti creditizi. Nel confrontare le remunerazioni occorre tener conto delle differenze nella configurazione dei diversi conferimenti taciti e nella qualità degli enti creditizi beneficiari, mediante l'applicazione di maggiorazioni o di riduzioni rispetto a dette remunerazioni e non rispetto alla remunerazione di un ipotetico investimento nel capitale sociale.

(108) A prescindere da questo aspetto, anche il calcolo del rendimento degli investimenti nel capitale sociale effettuato da BdB è errato. Ai fini della determinazione del valore di beta le *Landesbanken* non possono essere assimilate alle banche commerciali private (le cosiddette *Kreditbanken*), esposte ad un rischio sistemico superiore alla media. Più correttamente, occorre invece prendere come riferimento il gruppo chiaramente definito delle banche quotate in borsa, le cosiddette «banche CDAX». Una quota elevata del totale di bilancio della Helaba è costituita da crediti a basso rischio interbancari, ipotecari e verso autorità comunali. Nel quadro di una valutazione aziendale obiettiva, il 1º gennaio 1999, un esperto ha calcolato un valore di beta di […], ben al di sotto quindi di 1, per sette enti creditizi con una struttura del rischio analoga in termini di rischio operativo, attività commerciale, struttura della clientela e dimensioni. Ipotizzando un rendimento di mercato a lungo termine del 5,0 % e un tasso di interesse a lungo termine privo di rischio del 6,0 %, l'esperto ha calcolato un costo del capitale proprio al 1º gennaio 1999 pari a […] %. L'affermazione di BdB che il rendimento del capitale proprio della Helaba era pari all'11,66 % al 31 dicembre 1998 è basata su un valore di beta eccessivo e su dati storici non più attuali. Il livello dei tassi ha subito notevoli variazioni negli ultimi decenni e le affermazioni di BdB in merito all'inflazione e alle aspettative di inflazione risultano pertanto incomprensibili in questo contesto.

(109) Inoltre, la remunerazione pattuita per la durata del conferimento tacito può essere confrontata solo con il rendimento variabile del capitale sociale e non con il rendimento del capitale sociale dell'impresa al momento dell'investimento. Nessuno avrebbe potuto garantire al proprietario della banca un rendimento del capitale proprio pari al livello registrato alla fine del 1998, sottraendolo così al rischio di variazione del rendimento.

(110) Le affermazioni di BdB in merito all'importo della detrazione dei costi di rifinanziamento non sono pertinenti. I costi netti di rifinanziamento possono essere assunti come riferimento solo nel caso in cui anche dalle remunerazioni prese a confronto, pagate da enti creditizi privati per conferimenti taciti analoghi da essi raccolti sul mercato dei capitali, venga detratta la quota fiscale teorica o effettiva a carico di detti enti. Tuttavia, di norma per i conferimenti raccolti sul mercato dei capitali viene indicata non la remunerazione totale, bensì solo il premio sulla remunerazione, che nel caso degli strumenti a tasso variabile e dei conferimenti in natura è identico alla remunerazione per la funzione di copertura. È quindi possibile confrontare direttamente la remunerazione del conferimento tacito del Land Assia e le remunerazioni pagate sul mercato. Il ricorso indiretto ad una remunerazione complessiva fittizia per un conferimento in denaro fittizio, da cui detrarre successivamente i costi di rifinanziamento, non solo è superfluo ma aumenta tra l'altro di molto l'incertezza della valutazione quantitativa, dato che occorre introdurre stime in varie fasi.

(111) Diversamente da quanto sostiene BdB, un premio sulla remunerazione non è giustificato. Non ci sono prove empiriche che dimostrino che sul mercato viene pagato un premio per conferimenti di notevole entità. Operazioni analoghe di raccolta di capitali da parte di enti creditizi privati non evidenziano alcun nesso tra importo e remunerazione. Al contrario, il Land ha dovuto accettare il meccanismo progressivo concordato perché inizialmente la Helaba non sapeva come utilizzare il patrimonio speciale indiviso. Sul mercato nessun investitore sarebbe stato in grado di ottenere una remunerazione immediata per l'intero importo e in aggiunta anche un premio.

(112) Inoltre, alle società tacite non si può applicare il principio che per investimenti nel capitale sociale la rinuncia al diritto di voto debba essere compensata da una remunerazione aggiuntiva. Per legge il socio tacito non gode di alcun diritto di voto, e il mercato non remunera la «rinuncia» del socio tacito alla possibilità di esercitare la sua influenza.

(113) In principio è giusta l'affermazione che sul mercato un investitore potrebbe accettare la mancanza di fungibilità del suo investimento in cambio di un rendimento più elevato. Per questo, nelle discussioni che hanno preceduto l'operazione, si è tenuto conto anche della mancanza di fungibilità del conferimento tacito del Land rispetto al capitale costituito da diritti di godimento. Le parti hanno inoltre tenuto conto del carattere permanente del conferimento tramite il premio sulla remunerazione dello 0,20 % annuo. Un investitore privato avrebbe però tenuto conto del fatto che nel caso in oggetto si cercava un investimento non per un importo in denaro, bensì per un consistente patrimonio speciale a destinazione vincolata indivisibile, che poteva essere trasferito solo come conferimento in natura. L'affermazione di BdB che in pratica non esiste un mercato per un tale investimento si applica non solo al reinvestimento (fungibilità) ma anche all'investimento iniziale. Non è plausibile che ciononostante un investitore privato potesse pretendere e ottenere un premio superiore al premio dello 0,20 % annuo concordato per il carattere permanente. Su questo punto BdB non ha fornito né precisazioni né giustificazioni.

(114) Contrariamente a quanto affermato da BdB, nel confronto di mercato occorre tener conto dell'effetto dell'imposta sulle attività produttive. I conferimenti taciti in enti creditizi vengono in genere effettuati da investitori istituzionali che sono tenuti a pagare l'imposta sulle attività produttive sulla remunerazione percepita. Non essendo soggetto all'imposta sulle attività produttive, il Land è invece disposto ad accettare una remunerazione proporzionalmente inferiore. La non assoggettabilità del Land comporta come contro-

partita l'obbligo di pagamento da parte della banca, che è invece soggetto d'imposta. Non ha importanza se il pagamento viene effettuato a favore del Land o del Comune, così come è irrilevante se l'imposta viene calcolata sull'imponibile — di norma del destinatario della remunerazione, in questo caso, però, della banca — fin tanto che la banca consegue un reddito. In caso di perdite, invece, viene meno non solo il pagamento dell'imposta ma anche il pagamento della remunerazione del conferimento.

(115) Contrariamente a quanto affermato da BdB, la Helaba non paga la remunerazione a se stessa. Secondo la decisione del Land Assia, i ricavi al netto delle imposte derivanti dall'investimento del patrimonio speciale non confluiscono nel bilancio generale, ma sono anch'essi a destinazione vincolata e devono essere utilizzati a sostegno dell'attività di promozione. Si tratta di una questione di impiego dei fondi versati al Land dalla Helaba.

VI. VALUTAZIONE DELLA MISURA

1. *AIUTO DI STATO AI SENSI DELL'ARTICOLO 87, PARAGRAFO 1, DEL TRATTATO CE*

(116) Ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato CE, salvo deroghe contemplate dal trattato stesso, sono incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.

1.1. RISORSE STATALI

(117) Con il conferimento tacito il Land Assia ha optato per una forma di apporto di capitale basata sul principio del trasferimento alla Helaba di patrimonio pubblico di promozione al fine di rafforzare la dotazione di fondi propri di base della banca e di conseguire ulteriori entrate per il Land Assia. Sebbene le somme rimborsate su tali crediti continuassero a restare a disposizione del patrimonio di promozione e fossero pertanto destinate ad obiettivi di interesse pubblico, il patrimonio è stato riconosciuto ai fini di vigilanza e ha potuto quindi essere utilizzato a fini di copertura dalla Helaba, la quale opera in regime di concorrenza con altri enti creditizi. In tal modo sono state trasferite alla Helaba risorse statali.

1.2. TRATTAMENTO FAVOREVOLE DI UNA DETERMINATA IMPRESA

(118) Per accertare se il trasferimento di risorse statali ad un'impresa pubblica favorisca tale impresa e possa costituire quindi un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato CE, la Commissione applica il cosiddetto «principio dell'investitore operante in un'economia di mercato». Questo principio è stato accettato e sviluppato dalla Corte di giustizia e dal Tribunale di primo grado in una serie di cause, in particolare nella sentenza nella causa WestLB, il cui contesto è rilevante ai fini del caso in esame ([16]).

a) *Il principio dell'investitore operante in un'economia di mercato*

(119) Secondo tale principio, non si ha trattamento favorevole di un'impresa quando vengono messi a disposizione capitali a «condizioni alle quali un investitore privato, operante secondo la logica di un investitore in condizioni normali di economia di mercato, avrebbe accettato di finanziare un'impresa privata» ([17]). Sussiste invece trattamento favorevole ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato CE quando la remunerazione prevista e/o la situazione finanziaria dell'impresa siano tali per cui non sia possibile attendersi un rendimento normale entro un lasso di tempo ragionevole.

(120) Il principio dell'investitore operante in un'economia di mercato è applicabile anche a tutte le imprese pubbliche, indipendentemente dal fatto che siano redditizie od operino in perdita. Questa posizione della Commissione è stata confermata dal Tribunale di primo grado nella sentenza nella causa WestLB ([18]).

(121) Alla luce di detto principio, la questione fondamentale nel caso in esame è pertanto accertare se un investitore operante in un'economia di mercato avrebbe trasferito alla Helaba alle stesse condizioni un capitale con le stesse caratteristiche del patrimonio di promozione del Land Assia, in particolare tenuto conto dei previsti rendimenti dell'investimento.

b) *Qualificazione giuridica ed economica del capitale trasferito*

(122) Il 31 dicembre 1998 il Land Assia ha trasferito alla Helaba in forma di conferimento tacito un patrimonio di promozione costituito da uno stock nominale di prestiti del Land pari a 6,026 miliardi di DEM (3,081 miliardi di EUR) ed un valore attualizzato calcolato da un esperto in 2,473 miliardi di DEM (1,264 miliardi di EUR).

(123) Come illustrato in precedenza, il BAKred ha riconosciuto l'intero importo del conferimento come fondi propri di base ai fini di vigilanza. Soltanto una quota ridotta, di importo annualmente variabile, è stata utilizzata a copertura dell'attività di promozione. Questa parte del conferimento tacito iscritta a bilancio aveva meramente funzioni di copertura per la Helaba. Gran parte della restante parte era a disposizione della Helaba per la

([16]) Sentenza nella cause riunite T-228/99 e T-233/99.

([17]) Comunicazione della Commissione agli Stati membri: applicazione degli articoli 92 e 93 del trattato CEE e dell'articolo 5 della direttiva della Commissione 80/723/CEE alle imprese pubbliche dell'industria manifatturiera, GU C 307, 13.11.1993, pag. 3, punto 11. Anche se nella comunicazione si fa riferimento esplicito al settore manifatturiero, è indubbio che il principio è applicabile a tutti gli altri settori. Per quanto riguarda i servizi finanziari, il principio è stato riaffermato da una serie di decisioni della Commissione, ad esempio nei casi Crédit Lyonnais (GU L 221 dell'8.8.1998, pag. 28) e GAN (GU L 78 del 16.3.1998, pag. 1).

([18]) Sentenza nella causa WestLB, punti 206 e segg.

copertura e per l'espansione dell'attività esercitata in regime di concorrenza. In linea con la prassi seguita nel caso WestLB, la Commissione determina la remunerazione adeguata del patrimonio di promozione trasferito sulla base della sua utilità commerciale per la Helaba. Come già illustrato, nel caso in esame il punto di partenza per determinare la remunerazione consueta sul mercato è la remunerazione che esigerebbe un investitore operante in un'economia di mercato il quale mettesse a disposizione di una banca fondi propri in questa forma.

(124) Il denunciante fa valere a questo proposito che, come nel caso del trasferimento del patrimonio di Wfa alla WestLB, anche il capitale messo a disposizione della Helaba presenta analogie con un investimento nel capitale sociale. La Germania contesta invece l'analogia con il capitale sociale e sostiene invece che si tratta di un conferimento tacito, il che influisce sul livello della remunerazione.

(125) La Germania, la Helaba e il denunciante concordano sul fatto che il patrimonio di promozione compreso nel conferimento tacito del Land Assia costituisce fondi propri di base. La riserva speciale è stata riconosciuta dal BAKred come fondi propri di base (capitale di classe 1) e può pertanto essere confrontata solo con gli strumenti di capitale proprio che nell'anno del conferimento erano riconosciuti come fondi propri di base in Germania ed erano concretamente a disposizione della Helaba al momento del conferimento per un investimento di questo ordine di grandezza, che rappresentava chiaramente più del 15 % dei fondi propri di base.

(126) Su questo punto la Commissione concorda con le parti. Già nella decisione sul caso WestLB del 1999 essa aveva specificato che per la determinazione della remunerazione adeguata del capitale trasferito non ci si poteva basare su un confronto tra il patrimonio di Wfa, riconosciuto come fondi propri di base, e strumenti di capitale utilizzabili unicamente come fondi propri supplementari, quali ad esempio i certificati rappresentativi di diritti di godimento (*Genussscheine*) e le azioni privilegiate senza diritti di voto (decisione 2000/392/CE, punto 199). I fondi propri di base sono molto più utili per un'impresa, in quanto le consentono di raccogliere fondi propri supplementari (ad es. certificati rappresentativi di diritti di godimento) per lo stesso importo e aumentare in tal modo la dotazione di fondi propri. Presupposto per il riconoscimento come fondi propri di base è l'esistenza di una maggiore esposizione al rischio del capitale messo a disposizione, che, in principio, si riflette anche in una remunerazione di tali strumenti superiore a quella consueta sul mercato. Si può quindi escludere in partenza la similarità con i cosiddetti fondi propri supplementari, che possono essere utilizzati solo in misura limitata per l'espansione dell'attività.

(127) Tuttavia, secondo BdB, per questo investimento concreto, l'unica forma giuridica a disposizione della Helaba era quella del capitale sociale. Secondo la Germania era possibile anche la forma giuridica del conferimento tacito di durata illimitata (*perpetual*), che soddisfaceva sia i requisiti fissati dall'articolo 10, paragrafo 4, della legge sul sistema creditizio sia i criteri della cosiddetta «dichiarazione di Sydney» del Comitato per la vigilanza bancaria della Banca dei regolamenti internazionali di Basilea, requisiti che orientavano la prassi decisionale dell'autorità tedesca di vigilanza bancaria, il BAKred. Oggetto dell'accordo concluso tra il Land Assia e la Helaba era pertanto la forma giuridica del conferimento tacito di durata illimitata, riconosciuto come tale sia dalla competente autorità di vigilanza bancaria, il BAKred, sia dalle competenti autorità fiscali.

(128) A parere della Commissione, la Germania ha dimostrato in maniera soddisfacente che gli argomenti di BdB sono infondati. BdB sostiene che il conferimento tacito del Land Assia costituisce un abuso della forma del conferimento tacito «normale». Secondo BdB, dal punto di vista economico il conferimento tacito presenta talmente tanti elementi in comune con il capitale sociale che un investitore avrebbe preteso un tasso di interesse corrispondente alla remunerazione del capitale sociale.

(129) In primo luogo, la Commissione prende atto del fatto che il conferimento tacito è stato esplicitamente concordato come tale tra il Land Assia e la Helaba e riconosciuto come tale delle competenti autorità tedesche. Perché si possa supporre un abuso della forma, occorre dimostrare senza ombra di dubbio che le competenti autorità tedesche abbiano commesso un errore nel riconoscere come tale il conferimento tacito del Land Assia. Non vi sono però elementi di prova in tal senso. Su questo punto la Commissione condivide l'opinione della Germania secondo cui la durata limitata di un conferimento tacito e la possibilità di recesso non costituiscono, né ai sensi del diritto societario né conformemente alle disposizioni in materia di vigilanza bancaria, caratteristiche essenziali e obbligatorie per il riconoscimento del conferimento tacito come fondi propri di base ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 4, della legge sul sistema creditizio. Inoltre, a parere della Commissione la «dichiarazione di Sydney» del Comitato di Basilea dell'ottobre 1998 va interpretata nel senso che il limite del 15 % si applica solo al riconoscimento come fondi propri di base di determinati strumenti di capitale innovativi, in particolare gli strumenti di durata limitata. Da questa interpretazione non si deve tuttavia trarre la conclusione opposta che gli strumenti di capitale innovativi permanenti non possano affatto essere riconosciuti come fondi propri di base o che anche ad essi si applichi il predetto limite. Peraltro, come la Germania ha ampiamente dimostrato, la prassi seguita anche dalle banche private negli ultimi anni conferma la possibilità di impiego degli strumenti di capitale innovativi permanenti come fondi propri di base sopra il limite del 15 %.

(130) La Commissione ritiene infondati anche i criteri selettivi invocati da BdB. Dall'analisi del rischio emerge che, per tipologia, il conferimento tacito del Land Assia è maggiormente assimilabile al conferimento tacito «normale» che al capitale sociale. Anche su questo punto la Commissione condivide le argomentazioni della Germania.

(131) A questo proposito, la Commissione ritiene essenziale il fatto che in caso di insolvenza sia il conferimento tacito del Land Assia che gli altri conferimenti taciti «normali», ossia di durata limitata, raccolti sul mercato dei capitali devono essere rimborsati prima del capitale sociale e che l'investitore in tal modo riceve una quota della massa fallimentare, mentre con un investimento nel capitale sociale rimarrebbe a mani vuote. La Germania ha presentato una perizia giuridica che dimostra che, ai sensi delle disposizioni del contratto, in caso di fallimento o di liquidazione, il conferimento tacito del Land Assia, nella misura in cui non si sia ridotto o esaurito in seguito a perdite, deve essere rimborsato prima del capitale sociale tramite eventuali crediti rimanenti.

(132) Inoltre — fintanto che l'impresa non subisce perdite — sia il Land Assia che l'investitore di un conferimento tacito

ricevono l'intero importo della remunerazione pattuita, mentre l'investitore in capitale sociale ha diritto solo al pagamento di un dividendo in proporzione agli utili. Anche sotto questo profilo il conferimento tacito del Land Assia è un tipico conferimento tacito ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 4, della legge sul sistema creditizio.

(133) Non convince inoltre l'obiezione di BdB secondo la quale il conferimento tacito è equiparabile al capitale sociale perché nel lungo periodo ha portato ad un aumento di quasi il 50 % dei fondi propri della Helaba. A tale proposito occorre ricordare in primo luogo il meccanismo progressivo concordato dal Land Assia e dalla Helaba, secondo il quale negli anni dal 1999 al 2002, in funzione del fabbisogno effettivo di capitale, la Helaba avrebbe potuto utilizzare per le sue attività principali solo una quota annualmente crescente dei fondi propri di base utilizzabili. Sempre a questo proposito la Commissione ricorda inoltre che nel caso della WestLB, l'ingente volume dell'apporto di capitale costituiva un'indicazione dell'analogia con il capitale sociale e non l'unico fattore determinante a sostegno di una tale ipotesi. Nel caso WestLB, sia nella decisione 2000/392/CE che nella nuova decisione del 20 ottobre 2004, la Commissione, sulla base di un esame complessivo, è giunta alla conclusione che prevalgono le analogie con un investimento nel capitale sociale. In quel contesto un aspetto essenziale è costituito ad esempio dal fatto che il patrimonio di Wfa, al pari del capitale sociale, era pienamente soggetto al rischio di insolvenza o di liquidazione. Nel caso WestLB la Commissione ha inoltre tenuto conto del fatto che al momento del conferimento del patrimonio di Wfa nel 1991 — diversamente da quanto si è verificato al momento del trasferimento del conferimento tacito del Land Assia alla Helaba nel 1998 — il mercato degli strumenti ibridi di capitale in Germania non era ancora sviluppato, e che un ente creditizio coma la WestLB avrebbe potuto raccogliere sul mercato un volume analogo di fondi propri solo in forma di capitale sociale. Nel caso in oggetto, negli anni dal 1998 al 2002 la Helaba non avrebbe avuto problemi a coprire sul mercato il proprio fabbisogno stimato di capitale anche tramite la raccolta scaglionata nel tempo di una serie di conferimenti taciti di minore importo provenienti da diversi investitori istituzionali.

(134) BdB osserva inoltre che con il conferimento tacito del Land Assia le riserve di capitale sociale detenute dall'Helaba ammontavano solo al 50 %, mentre nel caso degli enti creditizi privati la quota degli strumenti ibridi rispetto ai fondi propri di base era inferiore al 20 % e che quindi le riserve di capitale sociale ammontavano a più dell'80 %. Secondo BdB, un investitore istituzionale, vista la quota elevata rispetto al totale dei fondi propri di base della Helaba non sarebbe stato disposto ad effettuare un conferimento di questo tipo. La Germania ha confermato che la quota dei conferimenti taciti sui fondi propri di base nel 2003, ossia raggiunta l'ultima fase del meccanismo progressivo, rappresentava il […] % e che nello stesso anno la quota di tutti i conferimenti taciti (vale a dire non solo del conferimento tacito del Land Assia) ammontava a […] %. Tuttavia, secondo la Commissione, non si può dedurne necessariamente che a causa della quota elevata rispetto al totale dei fondi propri un investitore istituzionale non avrebbe effettuato un analogo conferimento tacito. La Germania ha dimostrato che in generale le *Landesbanken* ricorrono ai conferimenti taciti in misura superiore al limite del 15 % come strumento di approvvigionamento di fondi propri di base, per lo più provenienti dagli enti pubblici garanti ma anche da altri investitori. Ad esempio, secondo i dati forniti dalla Germania, nel 2003 i conferimenti taciti in […] ([i]) ammontavano al 72 %, in […] ([ii]) i al 39 %, in […] ([iii]) ii al 33 %, in […] ([iv]) v al 39 % e in […] ([v]) al 42 % ([19]). Le ragioni della quota elevata di strumenti ibridi vanno cercate nel fatto che, essendo enti di diritto pubblico, le *Landesbanken* non possono raccogliere capitali sui mercati azionari. Sembrerebbe inoltre che nel caso delle *Landesbanken* gli investitori siano maggiormente disposti ad accettare una quota più bassa di riserve di capitale sociale, perché, data la diversa finalità della loro attività e data quindi la struttura del rischio inferiore di questi enti creditizi, il capitale è in generale meno esposto a rischi. Pertanto, almeno nel caso della Helaba, che tra le *Landesbanken* citate deve essere considerata un ente creditizio relativamente poco esposto al rischio, la Commissione non può escludere che, nonostante una riserva di capitale sociale pari (solo) a circa il 50 %, un investitore istituzionale avrebbe effettuato un investimento analogo nella Helaba in forma di conferimento tacito.

(135) La Commissione ha inoltre attentamente esaminato in che misura il carattere permanente del conferimento, vale a dire il fatto di essere di durata illimitata e di escludere la possibilità di recesso da parte del Land Assia, incida sull'analisi dei rischi che qui occorre effettuare.

(136) BdB afferma a questo proposito che sul mercato dei capitali non esistono strumenti ibridi di durata illimitata. In linea di principio gli investitori istituzionali sono disposti ad acquisire unicamente strumenti ibridi di capitale di durata limitata o strumenti per i quali il rimborso è prevedile, perché il tasso dell'utile distribuito è crescente (il cosiddetto *step-up*), ovvero strumenti che in un dato momento possono essere convertiti in un'altra forma di investimento. Le clausole di *step-up* costituiscono per il debitore (l'emittente) un forte stimolo economico al rimborso delle partecipazioni tacite. Infatti una clausola di *step-up* trasforma di fatto un *perpetual* in uno strumento di durata limitata. Tra l'altro, gli strumenti innovativi di capitale vengono generalmente collocati presso investitori privati.

(137) La Germania e la Helaba sostengono invece che anche nel caso dei *perpetuals* con clausola di *step-up* gli investitori devono tener conto della probabilità che al momento in cui le clausole di *step-up* divengono efficaci non si abbia, contrariamente ad eventuali aspettative, un rimborso entro il termine dovuto, per cui il rischio connesso al carattere permanente dell'investimento permane. Ciò è dovuto, in primo luogo, al fatto che il «diritto di recesso» spetta

([i]) Informazioni riservate concernenti la banca designata qui come «banca I»

([ii]) Informazioni riservate concernenti la banca designata qui come «banca II»

([iii]) iii Informazioni riservate concernenti la banca designata qui come «banca III»

([iv]) iv Informazioni riservate concernenti la banca designata qui come «banca IV»

([v]) v Informazioni riservate concernenti la banca designata qui come «banca V»

([19]) Cfr. la comunicazione del governo federale tedesco del 1º ottobre 2004, pag. 16.

unicamente al debitore (l'emittente); in secondo luogo, perché il rimborso avvenga entro i termini, è determinante la situazione economica dell'emittente al momento in cui la clausola di *step-up* diviene efficace; in terzo luogo, il recesso deve essere autorizzato dall'autorità di vigilanza, la quale concede l'autorizzazione solo se al momento del recesso il debitore dispone di una dotazione di fondi propri adeguata sotto il profilo della vigilanza, ovvero è in grado di effettuare sul mercato operazioni di sostituzione. Inoltre, gli esempi dimostrano che anche gli investitori istituzionali acquistano strumenti ibridi di durata illimitata e senza clausola di *step-up*: la Germania ha citato l'esempio di un prestito subordinato di durata illimitata di Air Canada del 1987, che effettivamente, come la Commissione ha avuto modo di accertare, non prevede una clausola di *step-up*. La Germania ha inoltre sostenuto che, sebbene l'esistenza di diritti di recesso venga presa in considerazione nella determinazione del prezzo, lo spread delle remunerazioni non è tuttavia così ampio.

(138) La Commissione ritiene che nel caso in esame sia determinante il fatto che il carattere permanente del conferimento riguarda innanzitutto il rischio cui è esposto l'investitore di non poter beneficiare di eventuali aumenti dei tassi sul mercato, dato che, da un lato, non ha la possibilità di recesso e, dall'altro, non può contare su una clausola di *step-up*. Il carattere permanente non riguarda invece il rischio di perdita in caso di fallimento o di liquidazione. Per questi motivi e tenuto conto della descrizione del mercato fornita dalla Germania, la Commissione è quindi giunta alla conclusione che nel caso di specie la durata illimitata del conferimento non giustifica la modifica della definizione del prodotto di riferimento da «conferimento tacito» in «capitale sociale». Tuttavia, la Commissione esamina nel prosieguo se il carattere permanente giustifichi il pagamento di un premio sulla remunerazione dei conferimenti taciti consueta sul mercato.

(139) Non vi sono dubbi pertanto sul fatto che nel caso della Helaba l'apporto di capitale è avvenuto nella forma giuridica del conferimento tacito che presenta molte più analogie con altri conferimenti taciti che con il capitale sociale. Di conseguenza, a parere della Commissione, non vi sono sufficienti elementi a comprova di un abuso della forma giuridica del conferimento tacito per un apporto di capitale che in realtà sotto il profilo economico costituirebbe capitale sociale. La base della remunerazione dello strumento di capitale in oggetto è costituita quindi dalla remunerazione di un conferimento tacito «normale», vale a dire di durata limitata e per un importo analogo a quelli che si osservano sul mercato, sulla quale va eventualmente applicato un premio. Gli argomenti addotti da BdB in merito alla remunerazione adeguata del capitale sociale non sono pertanto rilevanti.

c) ***Determinazione della base di capitale da utilizzare ai fini del calcolo della remunerazione***

Base di capitale di riferimento

(140) Ai fini della determinazione della base di capitale da remunerare, la Commissione distingue innanzitutto tra la «funzione di espansione dell'attività» e la (mera) «funzione di copertura» del patrimonio di promozione messo a disposizione come fondi propri per l'attività commerciale dell'ente creditizio.

(141) Per «funzione di espansione dell'attività» del capitale si intende l'ampliamento del potenziale commerciale tramite attività di rischio a seguito del riconoscimento ai fini di vigilanza di ulteriori fondi propri di una banca. Il punto di partenza per determinare la remunerazione consueta sul mercato è pertanto la remunerazione che verrebbe richiesta da un investitore privato in questa situazione concreta per mettere a disposizione di una banca fondi propri. Se il capitale messo a disposizione, pur essendo iscritto a bilancio come fondi propri, non viene riconosciuto come tale ai fini di vigilanza ovvero viene destinato alla copertura di attività di promozione ovvero non è utilizzabile, per altri motivi, a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza, esso non è disponibile per l'espansione dell'attività. Tuttavia, il capitale è importante non solo sotto il profilo della vigilanza. Dato che esso resta pur sempre a disposizione dei creditori dell'ente creditizio almeno a fini di copertura («funzione di copertura»), la sua funzione economica può essere comunque equiparata a quella di una fideiussione o di una garanzia. Infatti, l'importo dei fondi propri iscritto a bilancio fornisce ai finanziatori della banca indicazioni sulla sua solvibilità e può pertanto influire sulle condizioni alle quali la banca è in grado di approvvigionarsi con capitali esterni. La remunerazione consueta sul mercato per la funzione di copertura del capitale si misura sulla base della remunerazione che un prestatore privato di garanzia avrebbe preteso da un ente creditizio simile alla Helaba per dimensioni e profilo di rischio.

(142) In concreto, per determinare la remunerazione, occorre quindi suddividere il conferimento tacito, riconosciuto per il suo intero importo come fondi propri di base, in due distinte basi di capitale. La base di capitale messa a disposizione per la copertura dell'attività esercitata dalla Helaba in regime di concorrenza deve essere remunerata con la stessa remunerazione che avrebbe ragionevolmente preteso in questa situazione concreta un investitore operante in un'economia di mercato per un conferimento tacito avente le stesse caratteristiche. La base di capitale non disponibile per la copertura dell'attività esercitata dalla Helaba in regime di concorrenza deve essere remunerata con la stessa remunerazione che avrebbe ragionevolmente preteso in questa situazione concreta un investitore operante in un'economia di mercato.

La base di capitale messa a disposizione per la copertura dell'attività esercitata dalla Helaba in regime di concorrenza

(143) In principio la Commissione ritiene che la determinazione della remunerazione adeguata non può dipendere dalla misura in cui il capitale messo a disposizione sia stato effettivamente utilizzato. L'unico elemento determinante è la *possibilità* di utilizzazione del capitale ai fini dell'espansione dell'attività. Un investitore privato non accetterebbe una remunerazione in funzione dell'utilizzazione effettiva. A tale riguardo, la Commissione condivide sostanzialmente l'opinione di BdB, che ha fatto osservare che per un investitore operante in un'economia di mercato, esposto al rischio della perdita del suo investimento, è irrilevante se l'ente creditizio utilizzi effettivamente o no il capitale conferito per l'espansione della sua attività. In principio, come giustamente osservato da BdB, l'unico fattore decisivo per un investitore operante in un'economia di mercato è il fatto di non poter più investire l'importo conferito e di non potere quindi ricavarne un rendimento corrispondente. A titolo di esempio si può citare la locazione di un

appartamento: un locatore pretenderà il pagamento del canone di locazione anche qualora il locatario, per qualsiasi ragione, non abiti nell'appartamento, dato che con la locazione dell'appartamento il locatore rinuncia a darlo in locazione ad altri e dato che non ha alcuna possibilità di controllare l'effettivo luogo di soggiorno del locatario. Oggetto del contratto di locazione è pertanto l'utilizzabilità dell'appartamento.

(144) Innanzitutto la Commissione prende atto che la base di capitale messa a disposizione della Helaba per la copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza e che, secondo quanto concordato, deve essere remunerata non dipende dall'effettiva utilizzazione bensì unicamente dalla sua utilizzabilità a detto scopo. Su questo punto l'accordo rispetta i criteri della Commissione sopra enunciati.

(145) Il Land Assia e la Helaba hanno tuttavia concordato il meccanismo progressivo, descritto in precedenza. In base a detto meccanismo, il valore attualizzato dell'intero patrimonio di promozione è stato iscritto a bilancio già il 31 dicembre 1998, per evitare di doverlo suddividere. Sin dall'inizio quindi gran parte del patrimonio, fatta eccezione per la quota destinata alla copertura dell'attività di promozione, era di fatto utilizzabile per coprire l'attività esercitata in regime di concorrenza. Tuttavia, sin dall'inizio la Helaba aveva detto chiaramente al Land che, sulla base del suo piano aziendale, avrebbe avuto bisogno del patrimonio solo progressivamente, vale a dire secondo le fasi che furono alla fine concordate per coprire l'attività esercitata in regime di concorrenza. Nel quadro delle singole fasi il criterio su cui ci si è basati è stato quello dell'utilizzabilità del capitale, ossia la remunerazione non dipendeva dalla sua effettiva utilizzazione. Grazie a questo programma chiaro di utilizzazione del patrimonio, la base di capitale da remunerare era prevedibile fin dall'inizio per il Land Assia. Pertanto il Land Assia non ha lasciato alla banca la discrezionalità di decidere dell'utilizzazione secondo sue considerazioni economiche, ma ha invece accettato un tale meccanismo rispondendo ad una comprensibile richiesta della Helaba.

(146) La Commissione ritiene che un tale modo di procedere sia conforme al comportamento di un investitore operante in un'economia di mercato, il quale nella situazione del Land Assia non sarebbe stato realisticamente in grado di ottenere un aumento più rapido della base di capitale da remunerare, dato che il piano aziendale non consentiva alla Helaba di accettarlo. Pertanto, a parere della Commissione, dal 1999 al 2002 devono essere remunerate le tranche previste e solo a partire dal 2003 l'intero importo del conferimento tacito utilizzabile a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza, come avrebbe richiesto in quella situazione concreta un investitore operante in un'economia di mercato per un conferimento tacito con le stesse caratteristiche.

La base di capitale iscritta a bilancio ma non disponibile per l'attività esercitata dalla Helaba in regime di concorrenza.

(147) Come già detto in precedenza, il 31 dicembre 1998 venne iscritto nel bilancio della Helaba anche l'importo del conferimento tacito non utilizzabile a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza, che è confluito per intero nel patrimonio di vigilanza ed è stato quindi sin dall'inizio a disposizione dei creditori della banca come garanzia. Almeno potenzialmente ciò costituisce un vantaggio per la banca, in quanto l'importo dei fondi propri iscritto a bilancio fornisce ai finanziatori della banca indicazioni sulla sua solvibilità e può pertanto influire sulle condizioni alle quali la banca è in grado di approvvigionarsi con capitali esterni.

(148) La Germania obietta che non si possono desumere effetti di miglioramento della solvibilità della Helaba dal fatto che la banca abbia iscritto a bilancio l'intero ammontare del conferimento tacito di 1 264,4 milioni di EUR subito dopo averlo ricevuto. Per quanto riguarda il merito di credito a lungo termine, determinante per i creditori della banca, sin dalla metà degli anni '80 la Helaba è stata classificata nella categoria più elevata AAA/Aaa, sulla base innanzitutto delle disposizioni allora vigenti in materia di garanzia, ossia l'*Anstaltslast* e la *Gewährträgerhaftung*, e pertanto sulla base della solvibilità dell'ente garante. L'iscrizione a bilancio del conferimento tacito non avrebbe potuto migliorare ulteriormente un merito di credito che era già ai massimi ([20]).

(149) In risposta ad un'ulteriore richiesta di informazioni della Commissione, la Germania ha sostenuto che anche prendendo in considerazione il rating sulla solidità finanziaria di Moody's Investors' Service e il rating individuale di Fitch attribuiti alla Helaba nel periodo di riferimento non si riscontra alcun influenza del conferimento tacito sulla valutazione della solidità finanziaria della Helaba. Nonostante le garanzie pubbliche allora vigenti, ossia l'*Anstaltslast* e la *Gewährträgerhaftung*, e la struttura proprietaria, entrambi i rating citati si basavano unicamente e direttamente sulla redditività dell'ente creditizio, sulla qualità del suo management, sulla sua posizione di mercato nonché sulla dotazione di capitale proprio ([21]). Nonostante il conferimento tacito realizzato alla fine del 1998, dal 1997 al 2000 i due rating sono rimasti invariati (il rating sulla solidità finanziaria di Moody's a C+ e il rating individuale di Fitch a B/C), per poi peggiorare a partire dal 2001 (il rating sulla solidità finanziaria di Moody's a C+ (neg.) o C(neg.), il rating individuale di Fitch a C). Secondo la Germania ciò dimostra che il conferimento tacito non ha avuto alcuna influenza sul merito di credito della Helaba, anche nonostante l'esistenza di garanzie pubbliche ([22]).

([20]) Risposta della Germania del 23 giugno 2004, pag. 12.

([21]) Risposta della Germania del 23 giugno 2004, pag. 12, allegato 29/2004, *Fitch Ratings: Bank Rating Methodology*: maggio 2004, pag. 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]) Come già detto, la ragione sta nel chiaro soddisfacimento dei requisiti minimi di vigilanza in materia di quote di capitale (quota di fondi propri di base al 4,0 %, quota complessiva e quota di fondi propri all'8,0 %) nel periodo di riferimento, il che rappresenta una differenza significativa rispetto alla situazione della WestLB. Ad esempio nel 1997, ossia prima del conferimento, conformemente al principio I ai sensi dell'articolo 10bis della legge sul sistema creditizio, la quota dei fondi propri di base era pari al 4,8 % per il gruppo Helaba e al 5,0 % per l'ente creditizio Helaba. Secondo i principi della Banca per i regolamenti internazionali, nel 1997 la quota di fondi propri di base (classe 1) era pari al 5,4 %. Nel 1997 la quota complessiva e la quota di fondi propri totali era pari all'8,9 % e al 9,6 % per il gruppo e al 9,2 % per il singolo istituto. Anche tenendo conto della crescita dell'attività programmata dalla Helaba per i successivi esercizi, non vi era alcuna necessità di raccogliere fondi propri di base per un importo di 1 264,4 milioni di EUR.

(150) La Commissione non può concordare con l'argomentazione della Germania. Da quanto affermato dalla Germania in merito al rating sulla solidità finanziaria e al rating individuale si evince piuttosto che la dotazione di fondi propri di un istituto finanziario è essenziale per la qualità di un rating e di conseguenza per la solvibilità. In una prospettiva *ex-ante*, vale a dire al momento dell'accordo sul conferimento tacito tra il Land Assia e la Helaba, le due parti doveva partire dal presupposto che l'iscrizione a bilancio di fondi propri di base per un importo di circa 1,2 miliardi di EUR avrebbe accresciuto la solvibilità della banca. I rating sulla solidità finanziaria di Moody's e di Fitch menzionati dalla Germania dimostrano che un ulteriore miglioramento era del tutto possibile, dato che il livello massimo era lungi dall'essere raggiunto. Il fatto che *ex-post* non sia stata osservata alcuna variazione nel rating sulla solidità finanziaria non significa necessariamente che non vi sia stato alcun effetto positivo sul rating. In effetti, l'effetto positivo del notevole aumento dei fondi propri di base potrebbe aver impedito che, per altri motivi, il rating sulla solidità finanziaria scendesse o scendesse più velocemente di quanto effettivamente verificatosi a partire dal 2001.

(151) Nel valutare l'effetto potenziale (valutazione che deve essere compiuta in una prospettiva *ex-ante*) di una misura sulla solvibilità di una banca e/o sulle future condizioni di finanziamento, la Commissione attribuisce al rating sulla solidità finanziaria di una *Landesbank* un'importanza autonoma accanto al rating a lungo termine attribuito sulla base delle garanzie pubbliche allora vigenti dell'*Anstaltslast* e della *Gewährträgerhaftung*.

(152) Per quanto riguarda la raccolta futura di capitale esterno (nella prospettiva del 1998) in effetti la Helaba ha ricevuto nel 1998 e negli anni successivi il rating più elevato AAA/Aaa in base all'*Anstaltslast* e alla *Gewährträgerhaftung*. Secondo le informazioni in possesso della Commissione, e come la Germania stessa ha indicato, i costi effettivi di rifinanziamento di una banca variano ovvero oscillano rispetto alle banche con lo stesso rating nell'ambito di una fascia per una determinata categoria di rating. In altri termini, da un determinato rating a lungo termine, nella fattispecie AAA/Aaa, non è possibile desumere in modo puntuale e invariato nel tempo determinati costi di rifinanziamento per tutte le banche aventi lo stesso rating. Da questa osservazione empirica si deduce l'importanza di altri fattori quali la solidità finanziaria della Helaba in rapporto ad altre *Landesbanken* con lo stesso rating a lungo termine sulla base dell'*Anstaltslast* e della *Gewährträgerhaftung*. Quanto maggiore è la solidità finanziaria della Helaba, tanto migliori saranno le prospettive di posizionarsi, nell'ambito della stessa categoria di rating AAA/Aaa, nel corso di trattative concrete sulle condizioni di rifinanziamento, sul margine favorevole della fascia delle condizioni di rifinanziamento vigenti sul mercato per la categoria AAA/Aaa. Inoltre si riduce la sua dipendenza dal rating degli enti garanti, ossia nel caso di un eventuale peggioramento del loro rating, situazione che non può escludersi a priori, la Helaba potrebbe utilizzare la sua solidità finanziaria individuale come argomento per ottenere condizioni di rifinanziamento favorevoli.

(153) Per quanto riguarda la raccolta futura di ulteriori fondi propri (nella prospettiva del 1998), come si è in effetti verificato nel 2001 nella forma di ulteriori conferimenti taciti, l'iscrizione a bilancio di una consistente riserva di capitale riduce le probabilità di perdita del nuovo capitale in caso di fallimento, purché il vecchio e il nuovo capitale forniscano una copertura *pari passu*. La Germania ha dichiarato che la copertura *pari passu* è la norma nel caso dei conferimenti taciti. Nella prospettiva del 1998 non si poteva quindi escludere che nuovi investitori potessero eventualmente pretenderne l'applicazione.

(154) A seguito di un'ulteriore richiesta di informazioni della Commissione, la Germania ha inoltre dichiarato che i conferimenti taciti ai sensi dell'articolo 10, paragrafo 4, della legge sul sistema creditizio non rientrano nell'ambito di applicazione delle garanzie dell'*Anstaltslast* e della *Gewährträgerhaftung*. Si tratta di una conseguenza diretta della partecipazione alle perdite concordata contrattualmente quale presupposto per il riconoscimento come patrimonio di vigilanza. L'investitore non può essere quindi considerato creditore della banca e non è pertanto coperto dalla *Gewährträgerhaftung*. Non è neanche coperto dall'*Anstaltslast*, dato che quest'ultima fattispecie configura semplicemente l'obbligo di garantire all'ente creditizio una base economica e di mettergli a disposizione le risorse necessarie al proseguimento della normale attività commerciale, il che non esclude in alcun modo la partecipazione dei terzi alle perdite. In principio sono possibili perdite fino ad esaurimento del patrimonio di vigilanza. Di conseguenza, gli interessi patrimoniali del socio tacito non vengono tutelati dall'intervento dell'ente garante sulla base dell'*Anstaltslast*. A parere della Commissione, dato che gli investitori in fondi propri non rientrano nell'ambito di applicazione delle garanzie dell'*Anstaltslast* e della *Gewährträgerhaftung*, la potenziata ovvero costante solidità finanziaria individuale della Helaba ha, nella prospettiva del 1998, un effetto positivo sulle condizioni future alle quali la Helaba avrebbe potuto raccogliere ulteriori fondi propri in forma di conferimenti taciti.

(155) La Commissione conclude che l'aumento sostanziale della quota di fondi propri di base ai fini di vigilanza realizzato con l'immediata iscrizione a bilancio del conferimento tacito nel 1998, ha rappresentato, almeno nella prospettiva *ex-ante*, un fattore potenzialmente determinante nella valutazione della solidità finanziaria individuale e delle future condizioni di finanziamento e ha generato pertanto un vantaggio per la Helaba, a prescindere dal fatto che il predetto importo sia stato effettivamente utilizzato o no a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza. Un investitore operante in un'economia di mercato che tramite l'immediata iscrizione a bilancio dell'intero importo del capitale avesse esposto la totalità del suo investimento al rischio di perdita in caso di fallimento, avrebbe preteso una remunerazione adeguata che riflettesse il rischio di perdita. Da parte sua la Helaba, sulla base del vantaggio, quanto meno potenziale, di cui godeva, la cui concretizzazione dipendeva da sviluppi futuri non ancora pienamente prevedibili nel 1998, avrebbe accettato di pagare una remunerazione. Su questo punto la Commissione concorda quindi, nei principi e nell'esito dell'analisi, con l'argomentazione del denunciante BdB.

d) ***Remunerazione adeguata del capitale conferito e confronto con la remunerazione effettivamente pagata***

1) *Valutazione del carattere di remunerazione consueta sul mercato della remunerazione pattuita per il capitale da utilizzare a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza*

aa) Premessa

(156) Come spiegato, secondo la Commissione l'operazione di capitale concordata tra il Land Assia e la Helaba riveste la forma del conferimento tacito. Per l'esame del carattere di remunerazione consueta sul mercato della remunerazione effettivamente pattuita è essenziale stabilire se questa possa essere considerata come rientrante nella fascia delle remunerazioni concordate sul mercato per operazioni relative a conferimenti taciti aventi caratteristiche economiche e giuridiche analoghe.

(157) Secondo la Germania, nel confrontare il conferimento tacito del Land Assia con le condizioni di mercato occorre tener conto dell'effetto dell'imposta sulle attività produttive (relativo al conferimento tacito della Helaba) pari allo 0,26 % annuo. Sulla remunerazione dell'1,4 % la Helaba ha dovuto pagare anche l'imposta sulle attività produttive, cui il Land Assia non è soggetto, il che porta onere complessivo all'1,66 % annuo (al lordo delle imposte). Gli investitori privati operanti in Germania pagano l'imposta sulle attività produttive sulla partecipazione agli utili derivante dai conferimenti taciti. Il Land Assia non è tuttavia soggetto all'imposta sulle attività produttive. La Helaba ha dovuto pagare al suo posto l'imposta sulle attività produttive gravante sulla remunerazione del conferimento tacito. Un investitore istituzionale operante in un'economia di mercato avrebbe quindi preteso una remunerazione più elevata di quella chiesta dal Land per compensare l'onere dovuto al pagamento dell'imposta. Da parte sua la Helaba sarebbe stata senz'altro disposta a pagare il premio sulla remunerazione al predetto investitore, dato che per la banca è indifferente se il premio viene pagato all'investitore come remunerazione o versato al fisco come imposta sulle attività produttive.

(158) La Commissione ritiene che BdB sia nel giusto quando afferma che l'imposta sulle attività produttive, che viene corrisposta in misura preponderante non al Land bensì al Comune, non costituisce un elemento della remunerazione, bensì un onere imposto dalla legge, riferito ad una fattispecie fiscale indipendente dalle intenzioni delle parti. BdB disconosce tuttavia che in ultima analisi lo scopo del confronto di mercato non è determinare se l'imposta sulle attività produttive costituisca o no un elemento della remunerazione. Nel confronto di mercato che occorre effettuare nel caso in oggetto bisogna invece tener conto della situazione specifica in cui la Helaba si è venuta a trovare a seguito al conferimento tacito del Land Assia, e soprattutto del particolare onere che ne è derivato, che nel caso di conferimento tacito da parte di un investitore privato non sarebbe sorto.

(159) In conclusione la Commissione condivide l'opinione della Germania, secondo la quale nell'effettuare il confronto di mercato occorre sommare alla remunerazione dell'1,40 % annuo l'imposta sulle attività produttive dello 0,26 % annuo che la Helaba deve pagare, e che porta l'onere complessivo all'1,66 % annuo. Secondo le informazioni fornite dalla Germania, l'imposta sulle attività produttive può essere ripartita come segue tra i due elementi della remunerazione: 0,23 % annuo sulla remunerazione di base pattuita pari all'1,2 % annuo e 0,03 % sul premio per il carattere permanente pari allo 0,2 %. Ai fini del confronto di mercato occorre pertanto tener conto di un tasso dell'1,43 % annuo per la remunerazione di base e di un tasso dello 0,23 % annuo per il premio per il carattere permanente.

bb) Carattere di remunerazione consueta sul mercato della remunerazione di base pattuita pari all'1,2 % annuo (tasso rilevante per il confronto di mercato pari all'1,43 % annuo tenuto conto dell'imposta sulle attività produttive)

(160) La remunerazione di base del conferimento tacito in oggetto deve essere determinata, sulla base della metodologia utilizzata dal Land Assia e dalla Helaba, facendo riferimento a conferimenti taciti di durata limitata ma con caratteristiche analoghe. La questione della remunerazione adeguata per la durata illimitata del conferimento tacito del Land Assia in vista dell'applicazione di un premio sulla remunerazione di base viene esaminata separatamente al punto cc).

(161) La Germania ha trasmesso dati esaurienti sulle remunerazioni di conferimenti taciti di durata limitata all'epoca del conferimento, alla fine del 1998, e negli anni successivi.

(162) Secondo le informazioni fornite dalla Germania, nel confronto dei premi per i conferimenti taciti occorre fare una distinzione sulla base del tasso di interesse di riferimento. Nel caso di una remunerazione complessiva variabile, se il premio sulla remunerazione si basa sul tasso monetario (variabile) sul mercato interbancario (Libor o Euribor), vale a dire il tasso di rifinanziamento per le banche di prim'ordine, il premio corrisponde alla remunerazione per la funzione di copertura del conferimento tacito senza bisogno di ulteriori adeguamenti. Invece, nel caso di una remunerazione complessiva fissa, se il premio sulla remunerazione si basa sul tasso (fisso) sul mercato obbligazionario (di norma il rendimento dei titoli pubblici con durata residua di 10 anni), esso si compone del premio (generale) di rifinanziamento della banca nei confronti dello Stato per la raccolta di liquidità e della specifica remunerazione per la funzione di copertura del conferimento tacito. In questo caso, pertanto, nel confronto della remunerazione per la funzione di copertura con le remunerazioni per la funzione di copertura collegate al mercato monetario il premio di rifinanziamento deve essere detratto dal premio sulla remunerazione. Invece, nel caso di conferimenti in natura, come nel caso del conferimento tacito del Land Assia, il premio sulla remunerazione, al pari di quanto avviene per gli strumenti a tasso variabile collegati al mercato monetario, è di norma identico alla remunerazione per la funzione di copertura.

(163) Ne deriva che la remunerazione del conferimento tacito del Land Assia, in quanto conferimento in natura, può essere

confrontata direttamente con i premi sulla remunerazione collegati al mercato monetario (ossia remunerazioni complessive variabili), dato che questi corrispondono alle remunerazioni per la funzione di copertura. Invece, nel confronto con remunerazioni complessive collegate al mercato obbligazionario, occorre detrarre da queste il premio di rifinanziamento (che in principio oscilla tra i 20 e i 40 punti base, fatte salve oscillazioni temporanee verso il basso o verso l'alto nel periodo di riferimento secondo le informazioni fornite dalla Germania ([23]) per determinare la specifica remunerazione per la funzione di copertura del conferimento tacito.

(164) Sulla base delle informazioni trasmesse dalla Germania, la Commissione effettua il confronto di mercato sulla base delle operazioni indicate nella tabella che si riporta di seguito, operazioni di cui il Land Assia e la Helaba erano a conoscenza al momento in cui hanno effettuato l'operazione alla fine del 1998 o che, nel caso siano avvenute alcuni mesi dopo, consentono, data la loro diretta prossimità temporale, di trarre conclusioni sulle condizioni di mercato vigenti al momento dell'operazione alla fine del 1998.

Operazioni pertinenti per il confronto ([24])						
Descrizione dell'operazione	Volume	Durata	Rating sulla solidità finanziaria (RSF)/del prodotto (RP)	Premio annuo sulla remunerazione (in punti base)	Tasso di interesse di riferimento ed eventuale correzione ([25]) del premio sulla remunerazione tramite detrazione del premio di rifinanziamento	Remunerazione per la funzione di copertura pertinente per il confronto
Conferimento tacito effettuato dalle casse di risparmio dell'Assia e della Turingia nella Helaba nel dicembre 1997	300 milioni di DEM	10 anni	RSF: Aaa/AAA (grazie alle garanzie pubbliche) PR: ?	1,2 %	Titolo del governo federale tedesco a 10 anni (correzione tramite detrazione di 20-40 punti base)	80-100 punti base
Tranche a tasso fisso in USD del conferimento tacito nella Deutsche Bank del gennaio 1998	Prima tranche di 700 milioni di USD	10 anni	RSF: AAA/Aa1 RP: AA-	80 punti base	Libor a 12 mesi (nessuna correzione)	80 punti base
Tranche a tasso variabile in USD del conferimento tacito nella Deutsche Bank del gennaio 1998	Seconda tranche di 700 milioni di USD	10 anni	RSF: AAA/Aa1 RP: AA-	140 punti base	Titoli del tesoro statunitense a 10 anni (correzione tramite detrazione di 65 punti base ([26])	75 punti base
Conferimento tacito a tasso variabile nella SGZ-Bank dell'ottobre 1998	50 milioni di EUR	10 anni	RSF: A1/A+ RP: ?	120 punti base	Libor a 12 mesi (nessuna correzione)	120 punti base

([23]) Cfr. le osservazioni della Germania del 9 aprile 2003, pagg. 15-16. I dati si riferiscono al premio di rifinanziamento per le banche dell'area dell'euro rispetto ai titoli del governo federale tedesco nonché al premio di rifinanziamento di obbligazioni bancarie (*Pfandbriefe* a 10 anni) rispetto ai titoli del governo federale tedesco. In mancanza di dati in merito al premio di rifinanziamento rispetto ai titoli del tesoro statunitense e data la fondamentale similarità sotto il profilo economico, la Commissione utilizza la citata fascia per i premi di rifinanziamento anche per i titoli del tesoro statunitense, dato che ai fini della determinazione della fascia della remunerazione di riferimento per la funzione di garanzia l'importante non è la precisione delle cifre quanto piuttosto l'ordine di grandezza.

Operazioni pertinenti per il confronto ([24])

Descrizione dell'operazione	Volume	Durata	Rating sulla solidità finanziaria (RSF)/del prodotto (RP)	Premio annuo sulla remunerazione (in punti base)	Tasso di interesse di riferimento ed eventuale correzione ([25]) del premio sulla remunerazione tramite detrazione del premio di rifinanziamento	Remunerazione per la funzione di copertura pertinente per il confronto
Conferimento tacito nella HypoVereinsbank del dicembre 1998	Prima tranche di 1,2 miliardi di DEM ([27])	10 anni	RSF: Aa2,Aa3/AA- RP: A2	160 punti base	Libor in DEM (nessuna correzione)	160 punti base
Tranche in EUR del conferimento tacito nella Dresdner Bank del maggio 1999	500 milioni di EUR	12 anni	RSF: Aa1/AA RP: Aa2; A+	165 punti base	Titolo del governo federale tedesco a 10 anni (correzione tramite detrazione di 20-40 punti base)	125-145 punti base
Tranche in USD del conferimento tacito nella Dresdner Bank del maggio 1999	1 miliardo di USD	32 anni	RSF: Aa1/AA RP: Aa2; A+	215 punti base	Titoli del tesoro statunitense a 30 anni (correzione tramite detrazione di 65 punti base ([28])	150 punti base
Conferimento tacito nella HypoVereinsbank del maggio 1999	500 milioni di EUR	12 anni	RSF: Aa2, Aa3/AA- RP: ?	125 punti base	Euribor a 12 mesi (nessuna correzione)	125 punti base
Tranche in EUR del perpetual della Deutsche Bank del luglio 1999	500 milioni di EUR	illimitata	RSF: Aa3/AA RP: A1	In totale 6,6 % (equivalente a 115 punti base)	Corrisponde ad un titolo del governo federale tedesco a 30 anni (correzione tramite detrazione di 20-40 punti base)	75-95 punti base
Tranche in USD del perpetual della Deutsche Bank del luglio 1999	200 milioni di USD	illimitata	RSF: Aa3/AA RP: A1	In totale 7,75 % (equivalente a 160 punti base)	Corrisponde ad un titolo del tesoro statunitense a 30 anni (correzione tramite detrazione di 65 punti base)	95 punti base

([24]) Cfr. in particolare le osservazioni della Germania del 9 aprile 2003, allegati 2-4, 8-12, 17-18.

([25]) Correzione al ribasso effettuata dalla Commissione sulla base dei dati trasmessi dalla Germania.

([26]) Premio di rifinanziamento rispetto ai titoli del tesoro statunitense di uguale durata, cfr. osservazioni della Germania del 9 aprile 2003, pag. 27.

([27]) Seconda tranche a tasso fisso ma a condizioni analoghe.

([28]) Premio di rifinanziamento rispetto a titoli del tesoro statunitense di uguale durata, cfr. osservazioni della Germania del 9 aprile 2003, pag. 27.

(165) Dalla precedente tabella risulta una fascia delle remunerazioni per la funzione di copertura pertinenti per il confronto di mercato compresa tra lo 0,75 % e l'1,6 % annuo. A sostegno di questi dati, la Germania ha altresì presentato uno studio della banca di investimenti […] che illustra l'andamento, dal dicembre 2001 al luglio 2004, delle remunerazioni per la funzione di copertura degli strumenti di capitale ibridi denominati in EUR che possono fungere da fondi propri ([29]). Secondo lo studio, nel predetto periodo la remunerazione minima per la funzione di copertura relativa a tutte le categorie di rating (premio sul Libor) si è mossa entro una fascia compresa tra un limite massimo del 2,25 % annuo (per un breve periodo tra la fine del 2002 e l'inizio del 2003) e un limite minimo di circa lo 0,8 % annuo (nel 2004), per cui si può considerare come media del periodo un tasso di circa l'1,5 % annuo. Secondo lo studio, Il valore per gli enti creditizi con rating A o superiore è inferiore di circa 10-20 punti base; il valore per gli enti creditizi con rating BAA è superiore di circa 10 a circa 250 punti base (massimo toccato brevemente nella primavera 2003).

(166) La Commissione è consapevole del fatto che, sotto il profilo metodologico, le remunerazioni contenute nella tabella possono fornire solo un'indicazione molto approssimativa. Le operazioni si differenziano sotto molti aspetti, in particolare per quanto riguarda il rating degli istituti finanziari emittenti, il volume e il tasso di interesse di riferimento. Tutti questi fattori hanno un'influenza determinante sulla fissazione del prezzo, per cui occorrerebbe effettuare un'indagine di mercato più approfondita e metodologicamente corretta per quantificarne la rispettiva influenza sulla fissazione del prezzo.

(167) Tuttavia, a parere della Commissione, ai fini della valutazione del carattere di operazione consueta sul mercato del conferimento tacito del Land Assia si può rinunciare a un'indagine di mercato più approfondita. È sufficiente che la Commissione accerti, sulla base di indicazioni di tendenza, che la remunerazione si situa entro la fascia di mercato.

(168) Per quanto riguarda il volume, si constata quindi che le operazione prese a confronto sono comprese tra meno di 50 milioni di DEM (circa 25 milioni di EUR) e circa 1 miliardo di USD (equivalenti, a seconda del tasso di cambio, a circa 1 miliardo di EUR). Con un volume di circa 1,2 miliardi di EUR il conferimento tacito del Land Assia si situa chiaramente al di sopra di tale fascia. Tuttavia, la Commissione condivide l'opinione della Germania, secondo la quale, in ragione del meccanismo progressivo descritto in precedenza, il conferimento tacito del Land Assia può essere paragonato ad una serie di quattro successivi conferimenti di importo più ridotto di circa 150 milioni di EUR e 300 milioni di EUR. La Helaba non dipendeva dall'apporto immediato di un importo di tale entità, e avrebbe quindi potuto, in accordo con il suo piano aziendale, raccogliere progressivamente conferimenti taciti di tale importo sul mercato. La Commissione prende atto del fatto che era soprattutto la Germania ad avere interesse che sin dall'inizio il conferimento tacito fosse trasferito indiviso alla Helaba, per evitare di dover dividere il patrimonio di promozione.

(169) Dall'altra parte, grazie al conferimento tacito del Land Assia, anche qualora questo venga inteso come una serie successiva di conferimenti taciti, la quota di conferimenti taciti nei fondi propri di base della Helaba è aumentata di circa […] %. Secondo le informazioni fornite dalla Germania, si tratta di un valore nettamente superiore rispetto a quanto avviene solitamente presso le banche private per strumenti ibridi rappresentativi di fondi propri di base ([30]). La Commissione parte dal presupposto che tanto più elevata è la quota di fondi propri di base ibridi rispetto al capitale sociale tanto più elevata tende ad essere la remunerazione che un investitore privato esigerà, dato che aumenta la probabilità che si ricorra al conferimento tacito invece che al capitale sociale nel caso in cui la banca dovesse trovarsi in difficoltà. La Germania contesta questa interpretazione e sostiene che i conferimenti taciti hanno in genere pari rango sotto il profilo della copertura e che i conferimenti taciti raccolti successivamente non sono di rango superiore. A prescindere dal rapporto che intercorre tra i conferimenti taciti sotto il profilo della copertura, la Commissione individua un rischio maggiore anche nel fatto che con l'aumento della quota dei conferimenti taciti sui fondi propri di base necessariamente le attività di rischio della banca vengono coperte in misura maggiore con conferimenti taciti, con una conseguente diminuzione dell'effetto cuscinetto del capitale sociale, per cui aumenta la probabilità di un loro utilizzo in caso di perdita e diminuisce la velocità di ricostituzione in caso di aumento della redditività. La Germania afferma inoltre che i dati di mercato non consentono di affermare che quanti investono in conferimenti taciti nelle imprese che presentano già una quota elevata di conferimenti taciti esigono anche una remunerazione più elevata per la funzione di copertura. La Commissione ne prende atto, ma ritiene non fattibile una quantificazione metodologicamente corretta di un tale premio ai fini della presente decisione. La Commissione vede però in questo una prova del fatto che un investitore operante in un'economia di mercato non avrebbe accettato una remunerazione corrispondente ai valori inferiori della fascia di mercato.

(170) Contrariamente alla Germania, la Commissione ritiene che il rating massimo di AAA/Aaa attribuito alla Helaba alla fine del 1998 in forza delle garanzie pubbliche allora vigenti dell'*Anstaltslast* e della *Gewährträgerhaftung* non sia determinante per la valutazione della remunerazione del conferimento tacito. Come illustrato più diffusamente in precedenza, gli interessi patrimoniali del socio tacito non vengono tutelati dall'intervento dell'ente garante sulla base dell'*Anstaltslast*.

([29]) Risposta della Germania del 23 agosto 2004, allegato 6.

([30]) Risposta della Germania del 23 agosto 2004, pagg. 11-12. Per le […] banche private tedesche ivi menzionate, […], […] e […], questa quota è aumentata da circa il 5 % nel 1998 a circa il 20-30 % nel 2003. Tuttavia, secondo le informazioni fornite dalla Germania, la quota della Helaba si situa entro la fascia riscontrata per le *Landesbanken* compresa tra il 33 % e il 72 %.

(171) Anche in questo caso la Commissione conclude che il rating basato sull'*Anstaltslast* e sulla *Gewährträgerhaftung* non può essere considerato un indicatore del rischio cui è soggetto l'investitore. In questo caso, a parere della Commissione, è più significativo il rating a lungo termine senza garanzie pubbliche. A questo riguardo la Germania sostiene che non è stato possibile determinare un tale rating per la fine del 1998, dato che la corrispondente metodologia per la determinazione del rating delle *Landesbanken* è stata sviluppata solo dopo gli accordi sull'abrogazione delle garanzie pubbliche, ossia dopo il 2001 e il 2002. Pertanto, ai fini della presente decisione la Commissione parte dal presupposto che un investitore operante in un'economia di mercato che avesse investito nella Helaba avrebbe ipotizzato un rischio di perdita più o meno analogo al rischio associato ad un investimento in una delle grandi banche private incluse nel confronto di mercato, il cui rating si sia sempre mantenuto nella categoria A, e non un rischio ridotto corrispondente al rating massimo AAA. Di conseguenza, non appare opportuna una riduzione del premio adeguato sulla remunerazione rispetto ai dati desunti dal confronto di mercato; questi ultimi possono invece essere utilizzati direttamente.

(172) Per le ragioni illustrate sopra, la Commissione ritiene non conforme al mercato una remunerazione del conferimento tacito del Land Assia che si collochi nella parte bassa della fascia di mercato. Dato che la fascia di mercato definita per la remunerazione della funzione di copertura dei conferimenti taciti è compresa tra lo 0,75 % e l'1,6 %, il dato comparativo determinante per il conferimento tacito del Land Assia corrispondente all'1,43 % (tenendo conto dell'effetto dell'imposta sulle attività produttive) si situa nella parte medio-alta della fascia. Di conseguenza, la Commissione non rileva, per quanto riguarda la remunerazione di base, elementi che comprovino un trattamento favorevole della Helaba e quindi la sussistenza di un aiuto di Stato.

cc) Carattere di premio consueto sul mercato del premio pattuito per il carattere permanente pari allo 0,2 % annuo (tasso rilevante per il confronto di mercato pari allo 0,23 % annuo tenuto conto dell'imposta sulle attività produttive)

(173) Il conferimento tacito del Land Assia è di durata illimitata e costituisce ciò che a livello internazionale è indicato con il termine di *perpetual*. Esso si differenzia pertanto dalla maggior parte delle altre operazioni caratteristiche degli anni '90 citate dalla Germania a scopo di confronto, le quali di norma avevano una durata di 10 o 12 anni.

(174) Se si analizza il mercato in termini astratti, la durata illimitata comporta per un investitore un aumento del rischio di inadempimento e del rischio di fluttuazione dei tassi, che il premio dovrebbe compensare, anche se nel caso in oggetto, data la mancanza di liquidità, il rischio di fluttuazione dei tassi è irrilevante. Il Land ha inoltre imposto condizioni di disponibilità del conferimento tacito più rigorose rispetto a quanto avrebbe fatto di norma in caso di durata limitata ([31]). Dall'altra parte, la durata illimitata del conferimento tacito apporta alla Helaba un accresciuto valore economico, dato che il conferimento può essere riconosciuto come fondi propri di base al di là del summenzionato limite del 15 %, come è effettivamente avvenuto. È quanto previsto dalla predetta «dichiarazione di Sydney» dell'ottobre 1998 del Comitato di Basilea per la vigilanza bancaria citata in precedenza.

(175) Per questi motivi il Land Assia e la Helaba hanno concordato un ulteriore premio sulla remunerazione di base, il premio per il carattere permanente, pari allo 0,2 % annuo. Tenendo conto del summenzionato effetto dell'imposta sulle attività produttive, il tasso pertinente ai fini del confronto di mercato ammonta allo 0,23 % annuo.

(176) Per valutare se il tasso dello 0,23 % annuo sia compatibile con il principio dell'investitore operante in un'economia di mercato, la Commissione non può basarsi, ovvero può basarsi solo in misura limitata, sui dati di mercato relativi all'epoca dell'operazione. Secondo le informazioni trasmesse dalla Germania, la Helaba e il Land Assia sono stati in un certo senso dei precursori sul mercato, configurando l'operazione in modo da ottenere, con l'accordo delle competenti autorità fiscali e di vigilanza bancaria, il riconoscimento come fondi propri di base dell'intero importo del conferimento tacito, al di là del limite del 15 %. Secondo le informazioni fornite dalla Germania, l'operazione costituiva evidentemente la prima del suo genere. Alla fine del 1998 le parti non disponevano ancora di dati comparativi che confermassero la conformità con il mercato del premio per il carattere permanente, dato che nel periodo tra la «dichiarazione di Sydney» del 28 ottobre 1998 e il 1º dicembre 1998 non si era ancora potuto sviluppare un mercato trasparente dei conferimenti taciti permanenti.

(177) La Commissione fa osservare in primo luogo che non si può impedire ad un investitore pubblico o ad una banca pubblica di fare da precursore sul mercato. Al contrario, ad un precursore deve essere accordato un più ampio margine di manovra nella fissazione delle condizioni rispetto a quello che esiste in relazione ai valori di riferimento già affermatisi sul mercato che determinano la fascia di mercato pertinente sulla base della quale effettuare il test di mercato. Pertanto la Commissione può al massimo verificare se siano stati commessi errori di valutazione sotto il profilo economico nella fissazione del premio per il carattere permanente, ossia se la fissazione sia basata su premesse sbagliate.

(178) Per questo esame occorre pertanto far riferimento ai dati di mercato relativi ad un periodo successivo. A parere della Commissione non vi sono ragioni per ritenere che un premio per il carattere permanente di un conferimento tacito vari di molto nel tempo. Tuttavia non è possibile

([31]) Risposta della Germania del 23 agosto 2004, pagg. 11-12. Per le […] banche private tedesche ivi menzionate, […], […] e […], questa quota è aumentata da circa il 5 % nel 1998 a circa il 20-30 % nel 2003. Tuttavia, secondo le informazioni fornite dalla Germania, la quota della Helaba si situa entro la fascia riscontrata per le *Landesbanken* compresa tra il 33 % e il 72 %.

desumere dal mercato dati specifici in merito all'entità di detto premio. Lo strumento del *perpetual*, tra cui rientra anche il conferimento tacito di durata illimitata, si è imposto sul mercato a partire dalla dichiarazione di Sydney dell'ottobre 1998, e più in particolare dal 1999.

(179) Pertanto, ai fini del confronto di mercato (riferito in via sussidiaria ad un periodo successivo) la Germania non ha presentato dati separati sul livello del premio adeguato per il carattere permanente, ma ha trasmesso invece dati sulla remunerazione complessiva dei *perpetuals* e dei conferimenti taciti di durata illimitata riscontrati sul mercato a partire dal 1999 (sul mercato sono considerati di durata illimitata anche i conferimenti aventi una durata di 30 anni o più). Questi dati sono riassunti nella tabella che si riporta di seguito, in cui per ragioni di completezza vengono nuovamente riportati i *perpetuals* del 1999 già menzionati nella tabella precedente:

Operazioni pertinenti per il confronto ([32])

Descrizione dell'operazione	Volume	Durata	Rating sulla solidità finanziaria (RSF)/ del prodotto (RP)	Premio annuo sulla remunerazione (in punti base)	Tasso di interesse di riferimento ed eventuale correzione ([33]) del premio sulla remunerazione tramite detrazione del premio di rifinanziamento	Remunerazione per la funzione di copertura pertinente per il confronto
Tranche in USD del conferimento tacito nella Dresdner Bank del maggio 1999	1 miliardo di USD	32 anni	RSF: Aa1/ AA RP: Aa2; A+	215 punti base	Titoli del tesoro statunitense a 30 anni (correzione tramite detrazione di 65 punti base ([34])	150 punti base
Tranche in EUR del perpetual della Deutsche Bank del luglio 1999	500 milioni di EUR	illimitata	RSF: Aa3/ AA RP: A1	Tasso fisso 6,6 % (equivalente a 115 punti base)	Corrisponde ad un titolo del governo federale tedesco a 30 anni (correzione tramite detrazione di 20-40 punti base)	75-95 punti base
Tranche in USD del perpetual della Deutsche Bank del luglio 1999	200 milioni di USD	illimitata	RSF: Aa3/ AA RP: A1	Tasso fisso 7,75 % (equivalente a 160 punti base)	Corrisponde ad un titolo del tesoro statunitense a 30 anni (correzione tramite detrazione di 65 punti base)	95 punti base
Deutsche Bank del dicembre 2003	300 milioni di EUR	illimitata	RP: A2/A	Tasso fisso 6,15 % (equivalente a 99 punti base sopra il mid-swap)	Corrisponde al mid-swap (nessuna correzione)	99 punti base

([32]) Cfr. in particolare le osservazioni della Germania del 9 aprile 2003, allegati 2-4, 8-12, 17-18.

([33]) Correzione al ribasso effettuata dalla Commissione sulla base dei dati trasmessi dalla Germania.

([34]) Premio di rifinanziamento rispetto ai titoli del tesoro statunitense di uguale durata, cfr. osservazioni della Germania del 9 aprile 2003, pag. 27.

(180) I pochi dati comparativi relativi ai *perpetuals* non determinano una modifica della fascia risultante dal confronto di mercato relativa ai conferimenti taciti di durata limitata. Tuttavia, secondo la teoria economica, un investitore operante in un'economia di mercato esige naturalmente un premio per il carattere permanente rispetto ad un conferimento tacito analogo ma di durata limitata, soprattutto per compensare il maggior rischio di inadempimento derivante dal un legame più forte e prolungato. Dai dati trasmessi risulta però che sul mercato dei *perpetuals* per la funzione di copertura non viene necessariamente richiesta una remunerazione notevolmente più elevata della remunerazione concessa per un conferimento tacito di durata limitata. Questa constatazione, che tuttavia, a causa della mancanza di un numero sufficiente di operazioni comparabili non può certamente essere comprovata statisticamente, rende inoltre ancora più plausibile quanto sostenuto dalla Germania, secondo la quale il carattere permanente non trasforma il conferimento tacito in uno strumento di capitale di tipo diverso, contrariamente a quanto sostenuto da BdB.

(181) La Germania ha presentato un calcolo comparativo del premio per il carattere permanente mettendo a confronto l'operazione in euro di durata illimitata (*perpetual*) della Deutsche Bank del luglio 1999 e l'operazione di durata limitata della Dresdner Bank del maggio 1999 ([35]). Il *perpetual* della Deutsche Bank del luglio 1999 presenta una remunerazione complessiva del 6,6 % annuo (cfr. la precedente tabella). Il 1º luglio 1999 il rendimento sul mercato secondario dei titoli del governo federale tedesco a 10 anni ammontava al 4,66 % annuo, il che significa che il premio sulla remunerazione in rapporto a tali titoli ammontava all'1,94 % annuo ([36]). La tranche in euro del conferimento tacito a 12 anni della Dresdner Bank del maggio 1999 è stata invece remunerata con l'1,65 sopra i titoli del governo federale tedesco a 10 anni. Ne risulta una differenza dello 0,29 % annuo, di poco superiore al premio dello 0,20 % annuo concordato nel caso in oggetto (0,23 % annuo se si tiene conto dell'effetto dell'imposta sulle attività produttive). La differenza è leggermente superiore anche perché i *perpetuals* della Deutsche Bank, essendo valutati da Moody's con il rating A1, ossia un rating inferiore al rating Aa2 attribuito al conferimento tacito ottenuto dalla Dresdner Bank, presentavano una remunerazione più elevata.

(182) La Commissione ritiene plausibile questo calcolo comparativo, tenuto conto della scarsa disponibilità di dati relativi al periodo 1998/1999, che non può essere imputata né al Land Assia né alla Helaba. Il valore di 0,29 % risultante dal calcolo comparativo è solo di poco superiore al premio per il carattere permanente dello 0,23 % concordato tra il Land Assia e la Helaba. Inoltre, almeno una parte della differenza è imputabile alle differenze nel rating del prodotto, che, se si confrontassero i conferimenti taciti nella Helaba di durata limitata e di durata illimitata, risulterebbero probabilmente inferiori, dato che l'emittente è lo stesso.

(183) Per questi motivi, a parere della Commissione non vi sono elementi che comprovino che il tasso comparativo dello 0,23 % annuo del premio per il carattere permanente si colloca sotto la fascia di mercato e che pertanto vi è stato un trattamento favorevole della Helaba, ossia che sussiste un aiuto di Stato.

dd) Considerazione adeguata degli svantaggi dovuti alla mancanza di liquidità

(184) È condivisibile quanto sostenuto congiuntamente dalla Germania, dalla Helaba e da BdB sugli svantaggi dovuti alla mancanza di liquidità, secondo i quali un «normale» apporto di capitali ad una banca fornisce a questa sia la liquidità che la dotazione di fondi propri ai fini di vigilanza necessaria per espandere la sua attività. Per utilizzare pienamente il capitale, ossia per espandere del fattore 12,5 (100 diviso per il coefficiente di solvibilità dell'8 %) gli attivi ponderati per il rischio al 100 %, la banca deve rifinanziarsi 11,5 volte sui mercati finanziari. In termini più semplici, la differenza tra l'interesse ricevuto moltiplicato per 12,5 e l'interesse corrisposto moltiplicato per 11,5 meno altri eventuali costi sostenuti dalla banca (ad esempio spese amministrative) corrisponde al rendimento del capitale proprio ([37]). Dato che il conferimento tacito da parte del Land Assia all'inizio non ha fornito liquidità alla Helaba — in quanto il patrimonio trasferito e tutti i redditi da esso generati continuavano ad essere destinati per legge alla promozione dell'edilizia residenziale — la Helaba avrebbe dovuto sostenere costi di finanziamento addizionali, equivalenti all'importo del capitale, per raccogliere sui mercati finanziari i fondi necessari per sfruttare pienamente le possibilità commerciali offerte dai fondi propri aggiuntivi, ossia per espandere gli attivi ponderati per il rischio di 12,5 volte l'importo del capitale (o per mantenere a tale livello gli attivi esistenti) ([38]). A causa di questi costi aggiuntivi, che non si hanno nel caso di un apporto di capitale liquido, per determinare la remunerazione adeguata occorre procedere ad una corrispondente riduzione. Un investitore operante in un'economia di mercato non può sperare di ottenere la stessa remunerazione prevista nel caso di apporto di capitale in denaro.

(185) Diversamente da BdB, la Commissione ritiene, al pari della Germania e della Helaba, che il tasso lordo di rifinanziamento sia deducibile. I costi di rifinanziamento costituiscono spese operative e riducono quindi il reddito imponibile. Lo stesso vale, tuttavia, per la remunerazione

([35]) Cfr. le osservazioni della Germania del 9 aprile 2004, pag. 28.

([36]) Il premio sulla remunerazione dell'1,94 % annuo del *perpetual* della Deutsche Bank (remunerazione fissa concordata del 6,6 %) viene qui calcolato in rapporto ai titoli del governo federale tedesco a 10 anni, per rendere più agevole il confronto con il conferimento tacito a 12 anni della Dresdner Bank (1,65 % in rapporto ai titoli del governo federale tedesco a 10 anni) e avere quindi un'idea del livello del premio per il carattere permanente. Nella tabella precedente il premio sulla remunerazione dello stesso *perpetual*, indicato all'1,15 % annuo, è stato calcolato in rapporto ai titoli del governo federale tedesco a 30 anni, essendo questi titoli rappresentativi del periodo di riferimento pertinente (i titoli a 30 anni sono considerati sul mercato come «quasi-permanenti»). Il premio sulla remunerazione in rapporto ai titoli del governo federale tedesco a 30 anni è inferiore, dato che nel caso di andamento normale della curva dei tassi, come nel caso in oggetto, i titoli di durata maggiore (30 anni) hanno un rendimento superiore rispetto a quelli di durata minore (10 anni) e costituiscono pertanto un elemento di detrazione maggiore sulla remunerazione fissa concordata del 6,6 % annuo.

([37]) La situazione è in realtà molto più complessa a causa, ad esempio, delle voci fuori bilancio, dei diversi fattori di ponderazione del rischio delle attività o di voci a rischio zero. Il ragionamento di fondo non perde tuttavia la sua validità.

([38]) La situazione non cambia se si considera la possibilità di raccogliere fondi propri supplementari per un importo identico a quello dei fondi propri di base (fattore 25 anziché 12,5 per fondi propri di base).

di un conferimento tacito effettuato sin dall'inizio in forma liquida. Rispetto a quest'ultimo, che come illustrato in precedenza fornisce il test di mercato adeguato, non si hanno ulteriori vantaggi fiscali. Pertanto, in entrambi i casi il risultato netto della banca si riduce dell'importo corrispondente agli interessi pagati per la liquidità. È pertanto deducibile la totalità dei costi di rifinanziamento.

(186) Questa situazione distingue fondamentalmente la Helaba dalla WestLB e dalle altre *Landesbanken* altresì oggetto di procedimento di indagine, in quanto nel caso di queste ultime, dato che il patrimonio di promozione è stato iscritto a bilancio come riserva, l'intera remunerazione va considerata come destinazione dell'utile e non come spesa operativa, e deve pertanto essere pagata a partire dall'utile netto. Negli altri casi si avrebbe pertanto un vantaggio fiscale se i costi sostenuti per procurarsi ancora una volta liquidità fossero deducibili fiscalmente come spesa operativa, il che non sarebbe possibile nel caso di un investimento con le stesse caratteristiche ma effettuato sin dall'inizio in denaro e che costituisce l'elemento di riferimento comparativo pertinente.

(187) Pertanto, in assenza di (ulteriori) vantaggi fiscali la Helaba deve pagare solo la remunerazione per il rischio cui il Land Assia espone il patrimonio di promozione in forma di conferimento tacito, ossia la remunerazione per la funzione di copertura espressa in punti base sopra il tasso di interesse di riferimento pertinente.

2) *Determinazione della remunerazione minima del capitale necessario per la copertura dell'attività di promozione nonché del capitale inizialmente non utilizzato a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza, ai sensi del meccanismo progressivo*

(188) Nella decisione sul caso WestLB del 1999 la Commissione aveva imposto una commissione di avallo dello 0,5-0,6 % al lordo delle imposte e dello 0,3 % al netto delle imposte per l'importo iscritto a bilancio ma non utilizzabile a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza. Questa commissione di avallo si basa sul tasso dello 0,3 % al lordo delle imposte che la Germania aveva indicato come commissione di avallo adeguata per una banca come la WestLB alla fine del 1991. La Commissione ha aumentato il tasso allo 0,5-0,6 % al lordo delle imposte (equivalenti allo 0,3 % al netto delle imposte) per due motivi. Anzitutto, nel caso WestLB l'importo di 3,4 miliardi di DEM (1,74 miliardi di EUR) superava l'importo normalmente coperto da fideiussioni bancarie di questo tipo. In secondo luogo, le fideiussioni bancarie sono normalmente associate a determinate operazioni e sono limitate nel tempo.

(189) Anche nel procedimento relativo alla Helaba la Commissione ha chiesto alla Germania di indicare la commissione di avallo da ritenersi consueta sul mercato per una banca come la Helaba. La Germania non ha fornito le informazioni richieste, affermando che l'avallo viene concesso solo per determinate operazioni e che pertanto non esiste un mercato dal quale desumere la remunerazione. Tuttavia, se nonostante queste obiezioni, la Commissione insiste che venga comunque indicata una remunerazione, il livello della stessa, secondo la Germania, può essere calcolato solo individualmente, tenendo conto del rischio specifico a cui, sulla base di tale approccio, il Land si è esposto, tenendo conto degli importi differenziali. Dato che la crescita programmata delle attività di rischio con soli […] milioni di DEM all'anno rappresentava una politica di crescita moderata rispetto alla WestLB, la probabilità estremamente ridotta che i creditori della banca potessero rifarsi sull'importo differenziale annualmente decrescente dovrebbe tradursi in ogni caso nell'applicazione di una remunerazione molto ridotta per la funzione di copertura. Inoltre la Helaba ha utilizzato solo parzialmente gli importi progressivi che dovevano essere remunerati per intero e, diversamente dalla WestLB, ha chiaramente più che soddisfatto i requisiti minimi ai fini di vigilanza relativi ai fondi propri, per cui i rischi operativi della Helaba erano già adeguatamente coperti. Questo margine di sicurezza porta ad escludere l'applicazione alla Helaba sia del tasso di remunerazione di base dello 0,3 % annuo al lordo delle imposte sia di un premio su detto tasso dello 0,2-0,3 % annuo al lordo delle imposte come previsto nella decisione sul caso WestLB (per un totale dello 0,3 % annuo al netto delle imposte).

(190) La Commissione deve perciò fissare essa stessa una commissione di avallo adeguata per una banca come la Helaba. Considerata la fondamentale similarità tra WestLB e Helaba e data la mancanza di altri criteri, la Commissione parte dal presupposto che, come nel caso della WestLB un tasso di base dello 0,3 % annuo al lordo delle imposte possa essere considerato adeguato. Tuttavia la Commissione non ritiene opportuno applicare un premio su detto tasso. Anzitutto l'importo del conferimento tacito (tra 50 e 100 milioni di EUR) disponibile a lungo termine per la copertura dell'attività di promozione è notevolmente inferiore al corrispondente importo nel caso WestLB pari a circa 1,7 miliardi di EUR. In secondo luogo, l'importo che conformemente al meccanismo progressivo non poteva essere utilizzato a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza era, in forza dello stesso meccanismo, limitato nel tempo e si è ridotto a zero entro il 2003. Questi fatti dimostrano chiaramente che il Land Assia non era esposto ad un rischio superiore a quello di una fideiussione consueta sul mercato a favore di una banca come la Helaba, per cui non si giustifica un aumento del tasso base dello 0,3 % annuo al lordo delle imposte. Dato che la remunerazione dell'intero conferimento tacito è deducibile fiscalmente come costo operativo e si differenzia pertanto, anche sotto questo aspetto, dal trattamento fiscale della remunerazione di cui alla decisione relativa a WestLB, nel presente caso la Commissione fissa la commissione di avallo come tasso al lordo delle imposte, che può essere fatto valore per il suo intero ammontare come costo operativo.

e) ***L'elemento di aiuto***

(191) Come illustrato sopra, la Commissione ritiene appropriata una remunerazione dello 0,3 % annuo al lordo delle imposte per la quota di capitale che la Helaba non poteva utilizzare per la copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza, ma che ha iscritto a bilancio a decorrere dal 31 dicembre 1998.

(192) La Helaba paga una remunerazione dell'1,4 % annuo unicamente sull'importo che, conformemente al meccanismo progressivo, può essere utilizzato a copertura delle attività di rischio; non paga invece alcuna remunerazione sulla quota del conferimento tacito iscritta a bilancio ma non utilizzata a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza.

(193) L'elemento di aiuto è costituito quindi dal prodotto della commissione di avallo dello 0,3 % annuo al lordo delle imposte che la Commissione ritiene consueta sul mercato e la quota del conferimento tacito iscritta a bilancio ma non utilizzata a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza, conformemente al seguente schema:

Valori a fine anno in milioni di EUR	1999	2000	2001	2002	2003
1) Valore nominale iscritto a bilancio	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
2) Fondi propri di base effettivamente utilizzabili a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza in base al meccanismo progressivo	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
3) Fondi propri di base utilizzati a copertura dell'attività di promozione	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
4) Fondi propri di base utilizzabili a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza ma da non utilizzare a tale scopo in base al meccanismo progressivo	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
5) La differenza tra 1) e 2) corrisponde alla somma di 3) e 4)	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
6) Scarto di garanzia in ragione dell'iscrizione provvisoria a bilancio di un importo inferiore al 31.12.1998 (*)	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
7) Base di capitale da remunerare con una commissione di avallo pari allo 0,3 % annuo (al netto delle imposte)	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
8) Remunerazione da corrispondere, deducibile come costo operativo, corrispondente all'elemento di aiuto	1,92	1,95	1,34	0,73	0,15

(*) Osservazioni sulla voce 6) Scarto di garanzia in ragione dell'iscrizione provvisoria a bilancio di un importo inferiore al 31 dicembre 1998: secondo le informazioni fornite dalla Germania ([39]), al 31.12.1998 l'autorità di vigilanza bancaria non aveva ancora concluso la procedura di riconoscimento, per cui inizialmente era stato iscritto a bilancio l'importo di 1 023 milioni di EUR (2 000 milioni di DEM). L'importo di 1 264 milioni di EUR risultante dalla procedura di valutazione venne iscritto a bilancio immediatamente dopo la valutazione e figurava pertanto nel bilancio dell'esercizio 1999. Tenuto conto di questa procedura, la Commissione ritiene opportuno applicare uno scarto di garanzia a favore della Helaba sulla base di capitale da remunerare per l'anno 1999. I creditori della Helaba hanno basato la loro valutazione della solvibilità della banca nel 1999 sui dati di bilancio dell'esercizio 1998, in cui era stato inserito temporaneamente un importo inferiore di 1 023 milioni di EUR per il conferimento tacito. Di conseguenza per l'esercizio 1999 deve essere remunerata con una commissione di avallo dello 0,3 % annuo (al lordo delle imposte) solo la differenza tra detto importo e i fondi propri di base utilizzabili conformemente al meccanismo progressivo a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza, ossia […] milioni di EUR. Per gli esercizi successivi il valore iscritto nel bilancio dell'esercizio precedente corrisponde al valore del conferimento tacito specificato nel bilancio di esercizio.

([39]) Cfr. la risposta della Germania del 23 agosto 2004, pagg. 6-7.

f) ***Esito preliminare***

(194) La Commissione è giunta pertanto alla conclusione che la Helaba è stata favorita solo nella misura in cui non ha corrisposto una remunerazione adeguata per la funzione di copertura della quota del capitale messo a disposizione dal Land Assia in forma di conferimento tacito destinata a coprire l'attività di promozione, e per la quota inizialmente non utilizzabile per la copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza ai sensi del meccanismo progressivo. A parere della Commissione una remunerazione per la funzione di copertura pari allo 0,3 % annuo (al lordo delle imposte) sarebbe stata adeguata. Nella misura in cui poteva essere utilizzato per la copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza, il capitale è stato invece adeguatamente remunerato con la remunerazione pattuita per il conferimento tacito pari all'1,43 % annuo (tenendo conto dell'imposta sulle attività produttive). In questo contesto non si configura alcun trattamento favorevole.

1.3. DISTORSIONE DELLA CONCORRENZA ED EFFETTI SUGLI SCAMBI TRA GLI STATI MEMBRI

(195) La liberalizzazione dei servizi finanziari e l'integrazione dei mercati finanziari hanno reso l'attività bancaria all'interno della Comunità sempre più sensibile alle distorsioni della concorrenza. Tale sviluppo si è ulteriormente intensificato con l'Unione economica e monetaria, che elimina i residui ostacoli alla concorrenza sui mercati dei servizi finanziari.

(196) L'impresa beneficiaria Helaba è attiva sia a livello regionale, sia a livello internazionale. La Helaba si considera come banca commerciale universale, come istituto centrale delle casse di risparmio e come banca dello Stato e dei Comuni. Nonostante il nome, la tradizione, la missine assegnatale dalla legge, la Helaba non è in alcun modo solo una banca locale o regionale.

(197) Da ciò si desume chiaramente che la Helaba offre i propri servizi bancari in concorrenza con altre banche europee fuori dalla Germania e — dato che le banche di altri paesi europei operano in Germania — all'interno della Germania. È ovvio pertanto che l'aiuto concesso alla Helaba determina distorsioni della concorrenza e incide sugli scambi tra gli Stati membri.

1.4. ESITO

(198) Dato che la Helaba non ha pagato una remunerazione adeguata per la funzione di copertura della quota di capitale messa a disposizione necessaria per la copertura dell'attività di promozione e della quota che, conformemente al meccanismo progressivo, non è stata utilizzata inizialmente a copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza, sono soddisfatte tutte le condizioni di un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato CE. Per quanto riguarda la quota di capitale utilizzata per la copertura dell'attività esercitata in regime di concorrenza, la remunerazione dell'1,43 % annuo (tenendo conto dell'imposta sulle attività produttive) da corrispondere unicamente su tale importo può essere considerata consueta sul mercato. In questo caso non si configura un trattamento favorevole a favore della Helaba e non sussiste pertanto alcun aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato CE.

2. *COMPATIBILITÀ CON IL MERCATO COMUNE*

(199) Dato che il conferimento tacito configura un aiuto di Stato ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1, del trattato CE, occorre esaminare se l'aiuto possa essere considerato compatibile con il mercato comune.

(200) Non è applicabile nessuna delle deroghe di cui all'articolo 87, paragrafo 2, del trattato CE. L'aiuto non ha carattere sociale, non è concesso a singoli consumatori, non è destinato ad ovviare ad un danno arrecato da calamità naturali o da eventi eccezionali, né a compensare svantaggi economici provocati dalla divisione della Germania.

(201) Dato che l'aiuto non ha un obiettivo regionale — non è destinato né a favorire lo sviluppo economico di regioni dove il tenore di vita sia anormalmente basso oppure in cui si abbia una grave forma di sottooccupazione né ad agevolare lo sviluppo di talune regioni economiche — non sono applicabili né l'articolo 87, paragrafo 3, lettera a) né l'articolo 87, paragrafo 3, lettera c) del trattato CE, per quanto riguarda la dimensione regionale di quest'ultimo. L'aiuto non è destinato neanche a promuovere la realizzazione di un importante progetto di comune interesse europeo. Chiaramente, l'aiuto non è neanche destinato a promuovere la cultura o la conservazione del patrimonio.

(202) Dato che quando la misura venne decisa non era in gioco la sopravvivenza economica della Helaba, non si pone la questione se il fallimento di un unico grande ente creditizio come la Helaba avrebbe potuto causare una crisi generale del settore bancario tedesco, il che avrebbe potuto eventualmente giustificare, ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 3, lettera b), del trattato CE, un aiuto volto a porre rimedio ad un grave turbamento dell'economia tedesca.

(203) Ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 3, lettera c), del trattato CE, l'aiuto può essere considerato compatibile se agevola lo sviluppo di talune attività economiche. Ciò potrebbe in linea di principio applicarsi anche agli aiuti alla ristrutturazione nel settore bancario. Tuttavia, nel caso in oggetto, non sono soddisfatte le condizioni per l'applicazione di questa deroga. La Helaba non era un'impresa in difficoltà che bisognasse aiutare a recuperare l'efficienza economica con aiuti di Stato.

(204) In linea di principio, l'articolo 86, paragrafo 2, del trattato CE, che a determinate condizioni, consente deroghe alle

disposizioni del trattato in materia di aiuti di Stato, è applicabile anche al settore dei servizi finanziari. Ciò è stato confermato dalla Commissione nella sua relazione sui servizi di interesse economico generale nel settore bancario ([40]). Nel caso in esame le condizioni formali non sono soddisfatte: non sono stati indicati chiaramente né i compiti che la Helaba assolve per la fornitura dei servizi di interesse economico generale né i costi generati da questa attività. È pertanto chiaro che il trasferimento è stato effettuato senza riferimento ad un qualsiasi servizio di interesse economico generale. Pertanto, nella fattispecie non si applica neanche questa deroga.

(205) Dato che non trova applicazione nessuna delle deroghe al divieto fondamentale degli aiuti di Stato di cui all'articolo 87, paragrafo 1, del trattato CE, l'aiuto in questione non può essere considerato compatibile con il trattato.

3. *L'AIUTO NON RIENTRA IN NESSUNO DEI REGIMI DI AIUTI GIÀ ESISTENTI*

(206) Contrariamente a quanto sostenuto dalla Germania in altri procedimenti relativi alle *Landesbanken*, l'apporto di capitale non può essere considerato come rientrante nel regime di aiuti di Stato esistente costituito dall'«*Anstaltslast*» e dalla «*Gewährträgerhaftung*», ma deve invece essere considerato come un nuovo aiuto.

(207) Da una parte, la fattispecie della *Gewährträgerhaftung*, come garanzia offerta ai creditori qualora, in caso di inadempimento, il patrimonio della banca non sia sufficiente per soddisfare i crediti, non si applica al caso di specie. L'apporto di capitale non era inteso a soddisfare i creditori della *Landesbank* né il patrimonio della *Landesbank* era esaurito.

(208) Dall'altra parte, non ricorrono neanche le condizioni per l'applicazione dell'*Anstaltslast*. L'*Anstaltslast* obbliga l'*Anstaltsträger* (nella fattispecie Sparkassenverband Hessen-Thüringen) a dotare la Helaba delle risorse necessarie per il suo ordinato funzionamento, se decide di mantenerla in attività. Tuttavia, al momento dell'apporto del capitale, la Helaba non si trovava in alcun modo nella condizione di non poter operare regolarmente a causa ad esempio della mancanza di sufficienti fondi propri. Pertanto, l'apporto di capitale non era necessario per assicurare l'ordinato svolgimento dell'attività della *Landesbank*. Questo consapevole calcolo economico da parte del Land, nella sua qualità di (com)proprietario, consentiva inoltre alla *Landesbank* di sfruttare nuove opportunità commerciali nel quadro dell'attività esercitata in regime di concorrenza. Il «requisito della necessità» proprio dell'*Anstaltslast* non si applica ad una decisione economica normale come quella adottata dal Land in qualità di (com)proprietario. Non essendo possibile applicare alcun altro regime di aiuti esistente a norma dell'articolo 87, paragrafo 1 e dell'articolo 88, paragrafo 1, del trattato CE, l'apporto di capitale in questione deve pertanto essere considerato come nuovo aiuto ai sensi dell'articolo 87, paragrafo 1 e dell'articolo 88, paragrafo 3, del trattato CE ed essere esaminato come tale.

([40]) La relazione è stata presentata al Consiglio Ecofin del 23 novembre 1998, ma non è stata pubblicata. Può essere richiesta alla direzione generale della Concorrenza della Commissione ed è consultabile sul sito Internet della Commissione.

VII. **CONCLUSIONI**

(209) L'aiuto menzionato non può essere considerato compatibile con il mercato comune né ai sensi dell'articolo 87, paragrafi 2 e 3, né a norma di qualsiasi altra disposizione del trattato. Pertanto, l'aiuto deve essere dichiarato incompatibile con il mercato comune e l'elemento di aiuto della misura illegale deve essere recuperato dalla Germania,

HA ADOTTATO LA SEGUENTE DECISIONE:

Articolo 1

1. La rinuncia ad una remunerazione adeguata pari allo 0,3 % annuo (al lordo dell'imposta sulle società) per la parte del capitale trasferito dal Land Assia alla Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, che quest'ultima ha potuto utilizzare come garanzia a partire dal 31 dicembre 1998, costituisce un aiuto incompatibile con il mercato comune.

2. Per il periodo tra il 31 dicembre 1998 e il 31 dicembre 2003, l'importo dell'aiuto di cui al paragrafo 1 ammonta a 6,09 milioni di EUR.

Articolo 2

1. La Germania sopprime l'aiuto di cui all'articolo 1, paragrafo 1, entro il 31 dicembre 2004.

2. La Germania prende tutti i provvedimenti necessari per recuperare dal beneficiario l'aiuto di cui all'articolo 1, paragrafo 1, già posto illegalmente a sua disposizione. L'importo da recuperare comprende:

a) per il periodo di calcolo dal 31 dicembre 1998 al 31 dicembre 2003 l'importo indicato all'articolo 1, paragrafo 2;

b) per il periodo di calcolo dal 1º gennaio 2004 al momento della soppressione dell'aiuto, l'importo determinato sulla base del metodo di calcolo di cui all'articolo 1, paragrafo 1.

Articolo 3

Il recupero viene eseguito senza indugio e secondo le procedure del diritto interno a condizione che queste consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della presente decisione.

L'aiuto da recuperare comprende gli interessi, che decorrono dalla data in cui l'aiuto è divenuto disponibile per il beneficiario fino alla data del recupero.

Gli interessi sono calcolati conformemente alle disposizioni del capo V del regolamento (CE) n. 794/2004 della Commissione ([41]).

Articolo 4

Entro due mesi dalla notificazione della presente decisione, la Germania informa la Commissione circa i provvedimenti presi per conformarvisi, utilizzando il modulo riportato in allegato.

Articolo 5

La Repubblica federale di Germania è destinataria della presente decisione.

Fatto a Bruxelles, 20 ottobre 2004.

Per la Commissione
Neelie KROES
Membro della Commissione

([41]) GU L 140 del 30.4.2004, pag. 1.