BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 20 oktober 2004

betreffende staatssteun van Duitsland ten gunste van Landesbank Hessen-Thüringen — Girozentrale

(Kennisgeving geschied onder nummer C(2004) 3931)

(slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

(2006/742/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, en met name op artikel 88, lid 2, eerste alinea,

Gelet op de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, en met name op artikel 62, lid 1, onder a),

Na de belanghebbenden overeenkomstig de voornoemde artikelen te hebben aangemaand hun opmerkingen kenbaar te maken ([1]), en gezien hun opmerkingen,

Overwegende hetgeen volgt:

I. PROCEDURE

(1) Bij schrijven van 31 mei 1994 en 21 december 1994 deelde de Bundesverband deutscher Banken e.V. (hierna: „BdB"), die de particuliere banken met zetel in Duitsland vertegenwoordigt, de Commissie onder andere mee dat leningen ter bevordering van de woningbouw waren of zouden worden ingebracht in het aansprakelijk vermogen van de deelstaatbanken in Noordrijn-Westfalen, Nedersaksen, Sleeswijk-Holstein, Beieren, Hamburg en Berlijn, d.w.z. de Westdeutsche Landesbank, de Norddeutsche Landesbank, de Landesbank Schleswig-Holstein, de Hamburger Landesbank en de Landesbank Berlin. BdB beschouwde de hiermee gepaard gaande verhoging van het eigen vermogen van de betrokken deelstaatbanken als concurrentievervalsing in hun voordeel, aangezien er geen vergoeding overeengekomen was die in overeenstemming was met het beginsel van de investeerder in een markteconomie. In de tweede van bovengenoemde brieven diende BdB daarom formeel klacht in en verzocht zij de Commissie ten aanzien van Duitsland een procedure van artikel 93, lid 2, van het EG-Verdrag (thans artikel 88, lid 2) in te leiden. In februari en maart 1995 en in december 1996 hebben zich verscheidene banken bij de klacht van BdB gevoegd.

([1]) PB C 72 van 26.3.2003, blz. 3.

(2) Bij brieven van 6 augustus 1997 en 30 juli 1998 stelde BdB de Commissie in kennis van twee andere vermogensoverdrachten, respectievelijk aan Landesbank Schleswig-Holstein in Sleeswijk-Holstein en aan Landesbank Hessen-Thüringen in Hessen. Ten aanzien van laatstgenoemde transactie verzocht de Commissie Duitsland om inlichtingen bij brief van 31 juli 1998. Bij brief van 2 oktober 1998 antwoordde Duitsland dat de transactie zich op dat moment nog in de planningsfase bevond en dat de Commissie noch op dat moment, noch op een later tijdstip redenen tot bezorgdheid zou hebben.

(3) De Commissie onderzocht eerst de vermogensoverdracht aan de Westdeutsche Landesbank (hierna „WestLB"), maar verklaarde dat zij de overdrachten aan de andere deelstaatbanken zou onderzoeken in het licht van haar bevindingen in de zaak WestLB ([2]). In die zaak nam zij uiteindelijk in 1999 Beschikking 2000/392 van 8 juli 1999 betreffende een maatregel van Duitsland ten gunste van de Westdeutsche Landesbank Girozentrale aan ([3]), waarbij de steunmaatregel (het verschil tussen de betaalde vergoeding en een marktconforme vergoeding) onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard werd en de terugvordering van de verleende steun gelast werd. Het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen heeft deze beschikking op 6 maart 2003 nietig verklaard omdat twee punten bij de berekening van de omvang van de vergoeding ontoereikend gemotiveerd waren ([4]). Op 20 oktober 2004 heeft de Commissie een nieuwe beschikking gegeven waarin rekening werd gehouden met de punten van kritiek van het Gerecht.

(4) Op 1 september 1999 zond de Commissie Duitsland een verzoek om inlichtingen met betrekking tot de overdrachten aan de andere deelstaatbanken, waaronder ook Helaba. Bij schrijven van 8 december 1999 verstrekte Duitsland inlichtingen over de overdracht van het bijzonder ver-

([2]) PB C 140 van 5.5.1998, blz. 9 (Beschikking tot inleiding van de procedure).

([3]) PB L 150 van 23.6.2000, blz. 1. Tegen deze beschikking werd beroep ingesteld door Duitsland (Hof van Justitie, zaak C-376/99), door Noordrijn-Westfalen (Gerecht van eerste aanleg, zaak T-233/99) en door WestLB (Gerecht van eerste aanleg, zaak T-228/99). Door de Commissie werd een procedure wegens schending van het Verdrag ingeleid (Hof van Justitie, zaak C-209/00).

([4]) Arrest van 6 maart 2003 in gevoegde zaken T-228/99 en T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale en Land Nordrhein-Westfalen, Jurispr. 2003, II-435.

mogen door de deelstaat aan Helaba. Voorts werden in antwoord op een verzoek om aanvullende inlichtingen van de Commissie van 31 oktober 2002 nadere inlichtingen verstrekt bij brief van 21 januari 2001.

(5) Bij schrijven van 13 november 2002 stelde de Commissie Duitsland in kennis van haar besluit om de procedure van artikel 88, lid 2, van het EG-Verdrag in te leiden ten aanzien van de overdracht van het bijzonder vermogen door de deelstaat Hessen als derdenbelang in Helaba. Tegelijkertijd heeft de Commissie ook procedures ingeleid wegens soortgelijke vermogensoverdrachten aan de Norddeutsche Landesbank — Girozentrale („NordLB"), de Landesbank Schleswig-Holstein — Girozentrale („LSH"), de Hamburgische Landesbank — Girozentrale („HLB") en de Bayerische Landesbank — Girozentrale („BayernLB"). Eerder had de Commissie reeds in juli 2002 een procedure ingeleid ten aanzien van nog een soortgelijke overdracht van stimuleringskapitaal door de deelstaat Berlijn aan de Landesbank Berlin.

(6) De besluiten tot inleiding van de procedure werden in het Publicatieblad van de Europese Unie bekendgemaakt ([5]). De Commissie verzocht alle belanghebbenden hun opmerkingen kenbaar te maken.

(7) Bij schrijven van 9 april 2003 maakte Duitsland zijn opmerkingen met betrekking tot de inleiding van de procedure in de zaak Helaba kenbaar.

(8) Bij schrijven van 29 juli 2003 maakte BdB haar opmerkingen kenbaar met betrekking tot alle besluiten tot inleiding van de procedure van 13 november 2002. Deze opmerkingen werden bij schrijven van 28 juli 2003 aan Duitsland toegezonden met het verzoek om daarover een standpunt in te nemen.

(9) Bij schrijven van 10 oktober en 4 december 2003 deelde Duitsland zijn opmerkingen mee over het standpunt van BdB in de zaak Helaba. Bij schrijven van 30 oktober 2003 deelde Duitsland bovendien de opmerkingen van de deelstaatregering van Noordrijn-Westfalen en van WestLB met betrekking tot de opmerkingen van BdB mee.

(10) Bij schrijven van 7 april 2004 verzocht de Commissie Duitsland om aanvullende inlichtingen over alle deelstaatbanken-procedures; bij schrijven van 19 mei 2004 en 3 augustus 2004 verzocht zij specifiek om inlichtingen over de Helaba-zaak. Bij schrijven van 1 juni 2004, 23 juni 2004 en 23 augustus 2004 heeft Duitsland hierop geantwoord.

(11) In september en oktober 2004 vonden gesprekken plaats tussen BdB, de deelstaat Hessen en Helaba met betrekking tot een passende vergoeding voor het ter beschikking gestelde kapitaal. Er werd geen overeenkomst bereikt. Bij schrijven van 28 september 2004 deelde BdB nogmaals haar opmerkingen over de procedure mee. De Commissie verzocht daarop Duitsland om additionele opmerkingen, die werden meegedeeld bij schrijven van 1 oktober 2004 en 6 oktober 2004.

II. UITVOERIGE BESCHRIJVING VAN DE MAATREGELEN

1. *HELABA*

(12) De Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (Helaba) met hoofdzetel in Frankfurt am Main en Erfurt is met een concerntotaal van ongeveer 140 miljard EUR (per 31 december 2003) een van de grootste banken van Duitsland. Het balanstotaal van de bank bedraagt ongeveer 130 miljard EUR en is dus goed voor 90 % van het concern. De bank is een publiekrechtelijke kredietinstelling met de rechtspersoonlijkheid van een instelling naar publiek recht (Anstalt des öffentlichen Rechts). Sinds 1 januari 2001 zijn haar eigenaren en garanten het Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen (85 %), dat tot op het moment van de overdracht eind 1998 de enige eigenaar en garant was, en de deelstaten Hessen (10 %) en Thüringen (5 %). Volgens het jaarverslag voor 2003 beliep het eigen vermogen van het concern ongeveer 4,1 miljard EUR. Op 31 december 2003 bedroeg het basisvermogen van het concern 7,8 % en het eigen vermogen 11,3 %.

(13) Op grond van haar eigendomstructuur fungeert Helaba als huisbankier van de Deelstaat Hessen en de Vrijstaat Thüringen en als centrale instelling van de spaarbanken van Hessen en Thüringen. Daarenboven is Helaba ook actief als klant- en marktgerichte zakenbank, vooral in de wholesale-sector, en als partner voor klanten uit de openbare sector, die de deelstaten en gemeentes ondersteunt bij de financiering en uitvoering van investeringsplannen. Door haar deelneming in de *Landesförderinstituten* ondersteunt Helaba economische en structuurbeleidsmatige doelstellingen in Hessen en Thüringen.

(14) Het Helaba-concern telde op 31 december 2003 ongeveer 3 500 werknemers. Helaba is aanwezig in belangrijke financiële centra in de wereld. Naast haar twee hoofdzetels, Frankfurt am Main en Erfurt, is zij onder meer internationaal vertegenwoordigd in Londen, New York, Zurich, Dublin, Madrid, Parijs en Luxemburg.

2. *DE INBRENG VAN HET BIJZONDER VERMOGEN „WONINGBOUW EN TOEKOMSTIGE INVESTERING" („WOHNUNGSWESEN UND ZUKUNFTINVESTITION") ALS DERDENBELANG IN HELABA*

(15) Bij wet van 17 december 1998 legde de deelstaat Hessen een bijzonder vermogen aan, „woningbouw en toekomstige

([5]) NordLB: PB C 81 van 4.4.2003, blz. 2; BayernLB: PB C 81 van 4.4.2003, blz. 13; HLB: PB C 81 van 4.4.2003, blz. 24; Helaba: PB C 73 van 26.3.2003, blz. 3 en LBKiel: PB C 76 van 28.3.2003, blz. 2.

investering" genoemd. Het Hessische ministerie van Financiën werd gemachtigd dit vermogen volledig of gedeeltelijk als derdenbelang of in een andere prudentieel erkende vorm over te dragen aan een kredietinstelling tegen een marktconforme vergoeding die in het bijzonder vermogen blijft.

(16) Het bijzonder vermogen omvat de vorderingen van de deelstaat die afkomstig zijn van de tussen 1948 en 1998 toegekende kredieten ten behoeve van de sociale woningbouw. Op 31 december 1998 beliep de leningenportefeuille 7,829 miljard DEM (aandeel van de deelstaat: 6,026 miljard DEM). De contante waarde ervan werd door twee onafhankelijke deskundigen vastgesteld op 2,473 miljard DEM (1,264 miljard EUR). Dit bijzonder vermogen werd bij overeenkomst tussen de deelstaat Hessen en Helaba per 31 december 1998 als derdenbelang overgedragen aan Helaba.

(17) Volgens een contractueel overeengekomen nieuwe waardebepaling op 31 december 2003 was het stimuleringskapitaal [...] (*) miljoen EUR waard. Deze waardeverhoging is het gevolg van het feit dat sinds 1999 meer middelen in het stimuleringskapitaal vloeien dan worden uitgegeven. Tot de Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen („BaFin"), voorheen Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen („BAKred"), het resultaat van de waardebepaling door de deskundigen van 31 december 2003 bevestigt, beschikt Helaba evenwel nog steeds slechts over het voornoemde referentiebedrag.

(18) Met de overdracht van het bijzonder vermogen in de vorm van een derdenbelang gaan geen inbreng van liquiditeiten of aanvullende inkomsten voor de bank gepaard. Middelen die uit de woningbouwkredieten terugvloeien (intresten en aflossingen) gaan niet naar de bank, maar naar het bijzonder vermogen en moeten verder, renouvellerend, voor stimuleringsdoelstellingen worden gebruikt.

(19) De inbreng van het bijzonder vermogen in Helaba moet gezien worden in samenhang met de inspanningen van de deelstaat om zijn instrumenten op het gebied van steunverlening en structuurbeleid beter op elkaar af te stemmen en efficiënter te maken.

(20) Volgens Duitsland had de deelstaat oorspronkelijk overwogen de woningbouwvorderingen — in verschillende tranches — per openbaar bod in contanten te verkopen aan de meestbiedende particuliere marktdeelnemers. De opdeling van het bijzonder vermogen in tranches had als voordeel gehad dat het aantal potentiële bankpartners voor de deelstaat zou toenemen, aangezien het aantal mogelijke geïnteresseerden voor een vermogen van ongeveer 2,5 miljard DEM erg beperkt zou zijn geweest. Het probleem daarbij was evenwel dat het bijzonder vermogen als renouvellerend fonds geherfinancierd wordt met de middelen die terugvloeien uit de verleende kredieten, en dus een geheel vormt. Naar eigen zeggen zou het voor Duitsland uiterst moeilijk geweest zijn een periodieke waardebepaling van de tranches die over de instellingen verdeeld waren, uit te voeren. Bovendien zou de deelstaat aan flexibiliteit ingeboet hebben om binnen de verschillende steundoelstellingen de accenten te verleggen.

(21) De deelstaat heeft derhalve besloten het woningbouwvermogen onverdeeld te behouden, de daaruit terugvloeiende middelen verder te gebruiken voor de stimulering van de woningbouw en de ondersteuning van de economie, het beheer van het vermogen zo effectief en goedkoop mogelijk te organiseren en bijkomende inkomsten te genereren door de vorderingenportefeuille op andere manieren te benutten.

(22) In het kader van deze regulerende beleidsplanning heeft Helaba zich bereid verklaard de volledige portefeuille vorderingen met een totale waarde van 2,473 miljard DEM (1,264 miljard EUR) op te nemen en te beheren. Een ander voordeel van de overdracht aan Helaba was ook dat de bank sinds 1953 reeds de *Landestreuhandstellen* (LTH) als een juridisch onzelfstandige divisie heeft beheerd en in de hoedanigheid van trustee steunprogramma's heeft afgehandeld. Ook is Helaba volgens het staatsverdrag en haar statuten ertoe gehouden in haar commercieel beleid rekening te houden met algemene economische basisprincipes. Deze drie factoren hebben de deelstaat ervan overtuigd dat Helaba het best geschikt zou zijn als bankpartner voor de verwezenlijking van de doelstellingen van de wet inzake het bijzonder vermogen.

(23) Overeenkomstig [...] en paragraaf 10, lid 4, van de KWG van 30 december 1998 bracht de deelstaat het bijzonder vermogen in de vorm van een stille vennootschap als „derdenbelang" in de bank in. Dat betekent dat de deelstaat met Helaba een stille vennootschap in de zin van paragrafen 230 e.v. van het Duitse handelswetboek heeft gesticht, d.w.z. een personenvennootschap waarbij de stille vennoot deelneemt in het kapitaal van een ander bedrijf, en de inbreng in het vermogen van de beherende vennoot terechtkomt.

(24) Overeenkomstig [...] heeft de inbreng als doel „bij de bank permanent te dienen als aansprakelijk vermogen, in de vorm van basisvermogen, in de zin van paragraaf 10, leden 2 en 2a, eerste zin, alsook lid 4, van de KWG, rekening houdend met de door het Bazelse Comité voor Bankentoezicht (Bank voor Internationale Betalingen) op 27 oktober 1998 geformuleerde vereisten".

(25) Om het ingebrachte derdenbelang te kunnen toerekenen aan het aansprakelijk vermogen van kredietinstellingen in de zin van paragraaf 10, lid 4, van de KWG, moet dit kapitaal in het bijzonder volledig dienen ter dekking van de verliezen en, in geval van faillissement of liquidatie van de instelling, dus slechts worden terugbetaald nadat alle crediteuren zijn voldaan. Aangezien overeen was gekomen

(*) Vertrouwelijke informatie, ook hierna aangegeven door [...].

dat het derdenbelang niet door de deelstaat Hessen kon worden opgezegd, valt dit volgens Duitsland niet onder de door het Bazelse comité vastgelegde 15 %-grens voor innovatieve financiële instrumenten, maar wordt het door BAKred volledig als tier-1-vermogen (basisvermogen) erkend.

(26) De alternatieve mogelijkheid om het woningbouwvermogen niet als derdenbelang, doch als aandelenkapitaal in te brengen, heeft de deelstaat volgens Duitsland niet gekozen omdat hij zich op dat tijdstip niet als directe aandeelhouder en garant wilde engageren en omdat dit ook niet gewenst werd door de toenmalige enige aandeelhouder, het *Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen*.

(27) Er is geen verband tussen het tijdstip van de vermogensoverdrachten aan Helaba in 1998 door de deelstaat Hessen en de eerdere overdrachten van stimuleringskapitaal aan de deelstaatbanken in Duitsland die tot klachten van BdB alsook tot de inleiding van procedures door de Commissie aanleiding hebben gegeven. Volgens Duitsland dienden deze overdrachten de deelstaat Hessen in zekere zin als voorbeeld, hoewel bij de vermogensoverdracht aan Helaba rekening werd gehouden met de intussen voortgeschreden ontwikkeling van de kapitaalmarkt en de prudentiële regelgeving in de richting van een ruimere toepassing en erkenning van hybride of innovatieve eigen-vermogensinstrumenten, die in Duitsland in de eerste helft van de jaren 1990 nog niet in deze vorm of mate beschikbaar waren of prudentieel waren erkend.

3. *KAPITAALVEREISTEN NA DE RICHTLIJN EIGEN VERMOGEN EN DE SOLVABILITEITSRICHTLIJN*

(28) Overeenkomstig Richtlijn 89/647/EEG van de Raad ([6]) (de „solvabiliteitsrichtlijn") en Richtlijn 89/299/EEG van de Raad ([7]) (de „richtlijn eigen vermogen") op basis waarvan de Duitse wet op het kredietwezen (Kreditwesengesetz, „KWG") is gewijzigd, dient een bank over een aansprakelijk vermogen van 8 % van haar risicogewogen activa te beschikken. Daarvan bestaat ten minste 4 % uit zogenaamd basisvermogen (tier-1-vermogen), dat vermogensbestanddelen omvat waarover een kredietinstelling zonder restricties en direct moet kunnen beschikken om risico's of verliezen te dekken zodra deze zich voordoen. Het basisvermogen is voor de totale omvang van het eigen vermogen van een bank vanuit prudentieel oogpunt van doorslaggevend belang omdat aanvullend vermogen (tier-2-vermogen) slechts ten belope van het beschikbare basisvermogen als buffer voor risicodragende activiteiten van een bank wordt erkend.

4. *GEVOLGEN VAN DE OVERDRACHT VOOR HET EIGEN VERMOGEN VAN HELABA*

(29) De omvang van de activiteiten van een kredietinstelling is sterk afhankelijk van de hoogte van het eigen vermogen. Dit eigen vermogen nam in niet geringe mate toe door de overdracht van het bijzonder vermogen aan Helaba.

(30) Van de door een expert vastgestelde waarde van het derdenbelang van 2,473 miljard DEM (1,264 miljard EUR), die op de balans van Helaba is opgenomen en prudentieel als basisvermogen werd erkend, beschikt Helaba over een jaarlijks fluctuerend bedrag van ongeveer 2,3 miljard DEM (ongeveer 1,2 miljard EUR), dat zij potentieel kan gebruiken ter ondersteuning van haar commerciële activiteiten. De rest is volgens Duitsland nodig ter dekking van het eigen vermogen voor de vorderingen die deel uitmaken van het bijzonder vermogen. De deelstaat Hessen en Helaba kwamen in genoemde overeenkomst evenwel een faseringsregeling overeen volgens welke, in de periode van 1999 tot 2002, slechts een jaarlijks stijgend deelbedrag van het als buffer te gebruiken basisvermogen daadwerkelijk door Helaba voor commerciële activiteiten zou worden gebruikt, en alleen dit deelbedrag diende te worden vergoed. Slechts vanaf 2003 zou het door BaFin erkende bedrag, voor zover dit niet voor stimuleringsmaatregelen gebruikt werd, volledig ingezet worden als buffer voor de commerciële activiteiten. De precieze bedragen waarover Helaba als basisvermogen beschikt, en die als buffer voor commerciële activiteiten dienen of daadwerkelijk gediend hebben zijn aangegeven in de volgende tabel:

([6]) PB L 386 van 30.12.1989, ingetrokken en vervangen bij Richtlijn 2000/12/EG, PB L 126 van 26.5.2000.

([7]) PB L 124 van 5.5.1989, ingetrokken en vervangen bij Richtlijn 2000/12/EG.

Tabel

Omvang, prudentiële erkenning en gebruik of bruikbaarheid van het derdenbelang als buffer (in miljoen EUR; jaarultimo = jaargemiddelde) ([8])

	1999	2000	2001	2002	2003
Nominale waarde op de balans	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
Basisvermogen dat prudentieel werd erkend om als buffer voor risicodragende activa te worden gebruikt	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
Basisvermogen dat is gebruikt als buffer voor stimuleringsmaatregelen	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Basisvermogen dat als buffer gebruikt kan worden voor commerciële activiteiten maar volgens de overeengekomen faseringsregeling niet mag worden gebruikt	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Basisvermogen dat volgens de faseringsregeling als buffer gebruikt kan worden of gebruikt werd voor commerciële activiteiten	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

(31) Tot de uiteindelijke overeenstemming met BAFin over het resultaat van de waardebepaling door deskundigen van het stimuleringskapitaal op 31 december 2003 beschikte Helaba nog steeds over [...] miljoen EUR als referentiebedrag (te gebruiken voor commerciële activiteiten).

(32) Als gevolg van de vermogensoverdracht steeg volgens Duitsland het basisvermogen (zoals vastgesteld door het Bazelse kapitaalakkoord) als meegedeeld aan BAKred, thans BAFin, van 5,4 % (31 december 1997) naar 9,3 % (31 december 1998), terwijl het eigen vermogen toenam van 9,6 % (31 december 97) tot 13,1 % (31 december 1998). De meegedeelde percentages basisvermogen en eigen vermogen stegen derhalve met 72 %, respectievelijk 36 %.

(33) Door de injectie van middelen werd de mogelijkheid van Helaba tot expansie van haar activiteiten met risicodragende activa met een risicogewicht van 100 % — in de veronderstelling van een vermenigvuldigingsfactor van 12,5, die overeenkomt met een solvabiliteitsratio van 8 % — vergroot met ongeveer 28 miljard DEM (14 miljard EUR). In werkelijkheid kan het toelaatbare kredietvolume evenwel nog aanzienlijk opgevoerd worden als gevolg van een verhoging van de eigen middelen met 2,3 miljard DEM, omdat de activa van een bank normaal gezien geen gemiddeld risicogewicht van 100 % hebben.

(34) Aangezien de verhoging van het basisvermogen Helaba in staat stelde extra aanvullend vermogen op te nemen, werd haar daadwerkelijke kredietverleningscapaciteit indirect nog vergroot.

([8]) Opmerkingen van Duitsland van 23 juni 2004, blz. . 2-7.

(35) De absolute en relatieve wijzigingen in Helaba's basisvermogen sinds 1997, met inbegrip van het door de deelstaat Hessen ingebrachte derdenbelang en ander als derdenbelang ingebracht vermogen, zijn in onderstaande tabel samengevat, waarbij een onderscheid werd gemaakt tussen de situatie overeenkomstig prudentiële erkenning en de situatie overeenkomstig het contractueel overeengekomen faseringsplan.

Tabel: Cijfers per jaarultimo		1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
		Mln. €	Mln. €	Mln. €	Mln. €	Mln. €	Mln. €	Mln. €
Overeenkomstig prudentiële regels	Derdenbelang ingebracht door deelstaat Hessen	—	1 023	1 264	1 264	1 264	1 264	1 264
	Ander ingebracht derdenbelang	153	153	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Basisvermogen	1 449	2 579	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Aandeel derdenbelang van deelstaat Hessen in %	—	40 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Aandeel ingebracht overig derdenbelang in %	11 %	6 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
Overeenkomstig contrac-tueel overeengekomen faserings-plan	Derdenbelang ingebracht door deelstaat Hessen	—	—	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Ander ingebracht derdenbelang	153	153	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Basisvermogen	1 449	1 556	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Aandeel derdenbelang van deelstaat Hessen in %	—	—	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
	Aandeel ingebracht overig derdenbelang in %	11 %	10 %	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]

5. *VERGOEDING VOOR HET OVERGEDRAGEN EIGEN VERMOGEN*

(36) Volgens Duitsland betaalt Helaba aan de deelstaat voor het ingebrachte derdenbelang een vergoeding (de zogenaamde aansprakelijkheidsprovisie) van 1,4 % per jaar, die is samengesteld uit een vergoeding voor de aansprakelijkheidsfunctie van 1,2 % per jaar en een opslag van 0,2 % voor het permanente karakter van de inbreng en het eenzijdige recht van de bank tot opzegging, plus bedrijfsbelasting op het gedeelte van het bijzonder vermogen dat door de bank kan worden gebruikt, d.w.z. in totaal 1,66 %. Daarbij werd volgens het faseringsplan overeengekomen dat deze vergoeding de eerste vier jaren (1998 tot 2002) niet over de volledige vermogenswaarde betaald zou worden, doch over de overeengekomen, jaarlijks stijgende tranches (referentiebedragen), die krachtens de bepalingen van de overdrachtsovereenkomst gebruikt moeten worden om de commerciële activiteiten te dekken. Volgens Duitsland bestaat de betalingsplicht op basis van de faseringsregeling, ongeacht de vraag of het derdenbelang gebruikt wordt ter dekking van de commerciële activiteiten of van activiteiten in het kader van haar openbare taak, dan wel of het ingebrachte kapitaal überhaupt voor solvabiliteitsdoelstellingen wordt gebruikt.

6. *REDENEN VOOR DE INLEIDING VAN DE PROCEDURE*

(37) In haar besluit van 13 november 2002 tot inleiding van de procedure kwam de Commissie tot de voorlopige conclusie dat de inbreng van de woningbouwleningen door de deelstaat Hessen in Helaba waarschijnlijk een nieuwe steunmaatregel vormde in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag, die, aangezien de uitzonderingsbepalingen

van artikel 87, leden 2 en 3, van het EG-Verdrag en artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag niet van toepassing waren, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt leek.

(38) Het uitgangspunt van haar onderzoek was het beginsel van de investeerder die handelt volgens markteconomische principes. Volgens dit beginsel is er sprake van begunstiging door de overdracht van overheidsmiddelen wanneer aan een onderneming overheidsmiddelen ter beschikking worden gesteld die zij onder normale marktomstandigheden nooit zou hebben ontvangen.

(39) In het licht van de risicovrije lange rentevoet (leningen van de federale overheid met een looptijd van tien jaar) van circa 4 % eind 1998, betwijfelde de Commissie of de overeengekomen vergoeding als passend kon worden gezien, in het bijzonder rekening houdend met een redelijke risicoopslag. Anderzijds gaf de Commissie toe dat bij de berekening van een marktconforme vergoeding rekening moest worden gehouden met het gebrek aan liquiditeit van het ingebrachte kapitaal. De als derdenbelang ingebrachte stimuleringsleningen moesten op dezelfde wijze voor openbare stimuleringsdoelstellingen worden aangewend als vóór de inbreng ervan. Derhalve kon Helaba de overgedragen middelen niet direct voor haar activiteiten gebruiken. Door de verruiming van de eigen-vermogensbasis kon Helaba haar kredietverleningscapaciteit evenwel uitbreiden (hefboomfunctie van het eigen vermogen). De bank kon dit extra potentieel evenwel pas volledig benutten wanneer zij de extra leningen in hun geheel zou herfinancieren op de kapitaalmarkt. Naar oordeel van de Commissie kon de deelstaat derhalve niet precies hetzelfde rendement verwachten als een verstrekker van liquide middelen en diende de vergoeding navenant te worden verlaagd. Of dit de aftrek van de volledige brutoherfinancieringskosten van de marktconforme vergoeding voor een liquide derdenbelang rechtvaardigen kon, viel echter te betwijfelen, gezien de mogelijkheid tot fiscale aftrek van de herfinancieringskosten.

(40) De Commissie betwijfelde of de voor het derdenbelang overeengekomen basisvergoeding van 1,2 % per jaar binnen de op de markt gebruikelijke bandbreedte voor vergelijkbare transacties viel, vooral omdat het absolute volume groter leek te zijn dan hetgeen gebruikelijk was op de markt. Ook betwijfelde zij of de opslag van 0,2 % per jaar voor het permanente karakter van de inbreng marktconform was, en of de in dit geval extra door Helaba te betalen bedrijfsbelasting van 0,26 % per jaar, in vergelijking met de situatie waarin commerciële investeerders een derdenbelang zouden nemen, beschouwd kon worden als extra bestanddeel van de vergoeding en relevant was voor de vergelijking met de markt.

(41) Voorts betwijfelde de Commissie of een investeerder in een markteconomie in een vergelijkbare situatie ermee ingestemd zou hebben de vergoeding in de eerste jaren te beperken tot deelbedragen. In dit verband moet overigens worden onderzocht of Helaba uit het niet vergoede deel van het derdenbelang bijkomend profijt, in het bijzonder een verbetering van de solvabiliteit, kon trekken dat vergoed zou moeten worden, aangezien het derdenbelang van bij het begin volledig op de balans was geboekt en derhalve ter dekking van het aansprakelijk vermogen kon worden ingezet.

III. STANDPUNT VAN DUITSLAND

(42) Duitsland voerde aan dat de deelstaat Hessen in de jaren 1997/1998 naar mogelijkheden had gezocht om extra inkomsten te genereren uit zijn woningbouwvermogen, waarbij de bestemming van dit vermogen behouden zou blijven, door dit in een kredietinstelling onder te brengen. Daarbij moest het vermogen onverdeeld blijven. Alleen Helaba was daartoe bereid. De aandeelhouders van Helaba waren niet akkoord met een deelneming van de deelstaat in het aandelenkapitaal. Derhalve kwam van de basis-vermogensinstrumenten alleen de inbreng van een derdenbelang in aanmerking.

(43) Volgens Duitland gold geen enkele van de door de Commissie ten aanzien van de andere deelstaatbanken aangevoerde argumenten voor Helaba. Helaba is in het bijzonder een winstgevende onderneming en haar aansprakelijk vermogen is naar verhouding niet te klein. Daarnaast is zij niet op een overdracht van stimuleringskapitaal aangewezen om haar omzet in stand te houden of haar groei te verzekeren. Helaba kan haar behoefte aan kapitaal zowel via haar aandeelhouder, de *Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen*, als op de kapitaalmarkt dekken.

(44) Nadat het Bazelse Comité voor Bankentoezicht op 21 oktober 1998, in de zogenaamde „verklaring van Sydney", nieuwe richtsnoeren had geformuleerd voor de prudentiële erkenning van basisvermogensinstrumenten voor internationaal actieve kredietinstellingen, hadden de deelstaat en de bank besloten te kiezen voor een middelenoverdracht voor onbepaalde in plaats van bepaalde duur, om te voldoen aan de nieuwe bepalingen betreffende de erkenning als basisvermogen boven de grens van 15 %. De deelstaat eiste evenwel een vergoedingsopslag van 0,20 % per jaar voor het permanente karakter van de inbreng en het eenzijdige opzeggingsrecht van de bank.

(45) Volgens Duitsland heeft zich in de context van de verklaring van Sydney door het Bazelse Comité voor Bankentoezicht een fungibele markt voor derdenbelangtransacties ontwikkeld die zich aan de zijde van de beleggers kenmerkt door een brede diversificatie, waarbij het gamma investeerders van particuliere beleggers tot grote institutionele beleggers reikt.

(46) Daarbij onderscheidt een derdenbelang zich fundamenteel van een deelneming in het aandelenkapitaal. De stille vennoot neemt niet deel aan de onderneming en heeft slechts rudimentaire controlerechten. Terwijl geplaatst kapitaal via dividenden na belasting vergoed moet worden, is de vergoeding voor een derdenbelang een fiscaal aftrekbare bedrijfsuitgave. Volgens de Duitse regelgeving inzake banktoezicht werd een derdenbelang reeds vóór 1998 zonder enige beperking van het bedrag erkend als basisvermogen, en ook krachtens de internationale regelgeving inzake banktoezicht werd een permanent derdenbelang sinds de „Verklaring van Sydney" van oktober 1998 als basisvermogen erkend. In de jaren 1998/1999 hebben kredietinstellingen in toenemende mate gebruik gemaakt van derdenbelangtransacties. Daarbij ging het om bedragen van tot 1 miljard USD of 1,2 miljard DEM (ongeveer 0,6 miljard EUR). Terwijl derdenbelangtransacties in het begin van de jaren 1990 nog niet zeer wijdverbreid waren,

vormden zij in 1998/1999 in geen geval nog een marginaal financieringsinstrument.

(47) Bij de juridische opzet en het bepalen van de vergoeding heeft de deelstaat zich gebaseerd op vergelijkbare transacties van particuliere kredietinstellingen. Zo waren volgens Duitsland bijvoorbeeld in 1998 SGZ-Bank een aansprakelijkheidsvergoeding van 1,2 % per jaar en de HypoVereinsbank Luxemburg een vergoeding van 1,6 % per jaar boven de referentierente overeengekomen. In 1999 was Dresdner Capital LLC een aansprakelijkheidsvergoeding van 1,65 % boven de relevante referentierente overeengekomen, de HypoVereinsbank Luxemburg een vergoeding van 1,25 % per jaar en Deutsche Bank een vergoeding van 1,15 % per jaar voor een zogenaamde „perpetual". De vergoedingsopslag voor de door particuliere instellingen opgenomen middelen lag in beginsel binnen een bandbreedte van 0,80 % boven de 12-maands-Libor ([9]) tot 2,15 % boven de VS-staatsleningen ([10]). Daarenboven hadden de spaarbanken in Hessen en Thüringen per 5 december 1997 een derdenbelang in Helaba ingebracht, waarvoor de vergoeding per jaar 1,2 % boven de referentierentevoet lag.

(48) Duitsland voert voorts aan dat, ingeval van variabele rentevoeten, de referentierentevoeten betrekking hadden op geldmarktinstrumenten (Libor en Euribor), terwijl zij in het geval van vaste rentevoeten betrekking hadden op de markt voor overheidspapier (staatsleningen met vaste rente zoals US-Treasuries en Duitse staatsleningen) of op de rentevoeten op de swapmarkt. Op de euro-geldmarkt geldt voor interbancaire leningstransacties gewoonlijk Libor of Euribor zonder extra opslag. Ingeval deze referentierentevoeten worden toegepast op een derdenbelang, zijn de is de opslag gelijk aan de aansprakelijkheidsvergoeding voor een ingebracht derdenbelang. Op de markt voor overheidspapier wordt het rendement van staatsleningen gewoonlijk als referentierentevoet gebruikt; sinds het eind van de jaren 1990 wordt steeds meer de referentierentevoet van de „mid-swaps" als referentievoet gebruikt (gemiddelde rente van geld en geldswaardig papier op de swapmarkt). Zelfs voor bankobligaties van de eerste rang moeten banken wegens solvabiliteits- en/of liquiditeitsredenen ten opzichte van staatsleningen met dezelfde looptijd een andere opslag betalen die varieert naar gelang van de actuele marktomstandigheden. Deze opslag wordt herfinancieringsopslag genoemd. Bij de beoordeling van een vastrentend derdenbelang van kredietinstellingen moet deze herfinancieringsopslag derhalve worden afgetrokken van de vergoedingsopslag.

(49) Deze herfinancieringsopslag voor euro-bankobligaties (Senior Bonds, JP Morgan-Index) ten opzichte van staatsleningen schommelden volgens Duitsland in de tweejarige periode 1998/1999 tussen bijna 20 en ruim 40 basispunten. Aan het eind van 1998 bedroegen zij een kleine 40 basispunten ([11]). In geval geopteerd werd voor de swaprente („mid-swaps") als referentiecijfer, kwam de renteopslag voor een derdenbelang evenwel grotendeels overeen met de specifieke aansprakelijkheidsvergoeding voor het derdenbelang, aangezien de renteopslag van de swaprente voor de staatsleningen op de markt min of meer overeenstemde met de renteopslag van „gedekte" bankobligaties ten opzichte van staatsleningen en derhalve ook in een renteopslag ten opzichte van Euribor omgezet kon worden.

(50) De onderhandelingen over de inbreng en de vergoeding hebben de deelstaat en de bank als twee onafhankelijke partijen gevoerd. Bij het vaststellen van de uiteindelijke vergoeding van 1,4 % per jaar (1,2 % plus een opslag van 0,2 % voor het permanente karakter van de inbreng en het eenzijdige opzeggingsrecht van de bank) hebben zij zich gebaseerd op de bovengenoemde bandbreedte, met een hele reeks marktgegevens zoals die toen golden.

(51) Wat de opslag voor de permanente duur van de inbreng betreft, voert Duitsland in het bijzonder aan dat bij de transacties waarmee de vergelijking was gemaakt, looptijden van 10 of 12 jaar alsook van 32 jaar en van onbepaalde duur voorkwamen. De opslag van 0,2 % per jaar voor de permanente duur van de inbreng is marktconform in het licht van de toenmalige AAA/Aaa-rating van Helaba, welke rating geen enkele van de vergelijkbare instellingen had gekregen. Uit de transacties op de kapitaalmarkt waarmee de vergelijking was gemaakt, bleek overigens niet dat de hoogte van de vergoeding afhankelijk zou zijn van het bedrag van de opgenomen middelen, noch vanuit het gezichtspunt van de instelling (totaalbedrag van de emissie), noch vanuit het gezichtspunt van de belegger (bedrag van de tranche waarop wordt ingetekend).

(52) Op de vergoeding van 1,4 % moest Helaba daarenboven, in tegenstelling tot de deelstaat Hessen bedrijfsbelasting betalen, zodat de totale last 1,66 % (vóór belasting) bedroeg. Volgens Duitsland moet bij de vergelijking van de vergoedingen derhalve rekening gehouden worden met een bedrijfsbelastingeffect van 0,26 % per jaar met betrekking tot het derdenbelang van Helaba. Commerciële investeerders in Duitsland betalen bedrijfsbelasting op dividend uit derdenbelangen. De deelstaat Hessen is evenwel niet aan bedrijfsbelasting onderworpen. In plaats daarvan moest Helaba de bedrijfsbelasting op de vergoeding voor het derdenbelang betalen. Een institutionele belegger in een markteconomie zou derhalve een hogere vergoeding geëist hebben dan de deelstaat om de extra last in de vorm van een bedrijfsbelasting te compenseren. Omgekeerd zou Helaba zonder meer bereid geweest zijn de vergoedingsopslag aan een dergelijke investeerder te betalen, aangezien het voor haar geen verschil uitmaakte of zij de opslag als vergoeding aan de investeerder of als bedrijfsbelasting aan het Ministerie van Financiën zou betalen. De last van Helaba bedraagt, met inbegrip van het bedrijfsbelastingeffect van 0,26 % per jaar en de vergoeding

([9]) Zie standpunt van Duitsland van 9 april 2003, blz. 25: tranche met variabele rente van het door Deutsche Bank in januari 1998 verworven derdenbelang van 700 miljoen USD met een looptijd van tien jaar.

([10]) Zie standpunt van Duitsland van 9 april 2003, blz. 25: tranche van het door de Dresdner Bank in mei 1999 verworven derdenbelang van 1 000 miljoen USD met een looptijd van 32 jaar.

([11]) Zie grafiek in bijlage 15 van het standpunt van Duitsland van 9 april 2003.

van 1,40 % per jaar voor het derdenbelang, in totaal 1,66 % per jaar, hetgeen duidelijk in de marktcorridor ligt en het resultaat is van onderhandelingen tussen Helaba en de deelstaat Hessen.

(53) Volgens Duitsland kan Helaba de betaalde vergoeding als bedrijfsuitgave aftrekken van de belastingen. Een derdenbelang wordt alleen als eigen vermogen beschouwd voor de berekening van de solvabiliteit uit prudentieel oogpunt, terwijl het krachtens de bedrijfs- en belastingregelgeving als vreemd vermogen wordt behandeld.

(54) Voorts heeft de bank voor haar geplande jaarlijkse groei slechts [...] miljoen DEM eigen vermogen nodig, terwijl de waarde van het stimuleringskapitaal als aansprakelijk vermogen in prudentieel opzicht meer dan [...] miljard DEM bedroeg. Helaba heeft volgens Duitsland niet in één stap een derdenbelang ten bedrage van ongeveer 2,5 miljard DEM verworven, aangezien dit bedrag haar behoefte aan eigen vermogen voor verschillende jaren dekte; zij heeft daarentegen meermaals een beroep gedaan op de kapitaalmarkt. Ondanks deze voor Helaba nadelige effecten werd geen vermindering van het vergoedingspercentage van 1,4 % overeengekomen. De deelstaat en Helaba waren in plaats daarvan, als overgangsoplossing, een stapsgewijze benutting en vergoeding van het derdenbelang (de zogenaamde faseringsregeling) overeengekomen. De bank heeft daarbij gestreefd naar een regeling waarbij zij de inbreng alleen overeenkomstig de met haar eigenaars overeengekomen groeidoelstellingen zou vergoeden ten belope van de daadwerkelijke dekking door risicodragende activa. Dat was evenwel voor de deelstaat Hessen te ongunstig en derhalve niet aanvaardbaar. Na onderhandelingen om een evenwicht te vinden tussen de tegengestelde belangen, werd een regeling overeengekomen met jaarlijks stijgende, te vergoeden tranches (1999: [...] miljoen DEM, 2000: [...] miljard DEM, 2001: [...] miljard DEM, 2002: [...] miljard DEM, 2003: [...] miljard DEM, d.w.z. de bovengrens van het benutbare basisvermogen). Volgens deze faseringsregeling was er in de eerste jaren een aanzienlijk snellere stijging dan hetgeen voor de geplande groei van de bank nodig was. De directie heeft daarop de Raad van Beheer verzocht een aanvullend bijzonder contingent van [...] miljoen DEM goed te keuren voor de dekking van het aansprakelijk vermogen. Uit de opbrengsten daarvan moest de vergoeding voor het verschil gefinancierd worden, opdat de inbreng met een neutraal resultaat gebruikt zou worden. Dit bewijst volgens Duitsland dat de „bovenmatige dotering" de bank niet alleen geen enkel extra voordeel heeft verschaft, maar ook dat dit, zonder het bijzondere contingent, het resultaat van de bank veeleer zou hebben belast, omdat tegenover de vergoeding voor die delen van de geleidelijk stijgende tranches die niet als dekking voor aanvullende activiteiten dienden, geen inkomsten stonden.

(55) Zodoende waren er jaarlijks stijgende betalingsverplichtingen tot aan een bedrag van circa 33 miljoen DEM vanaf 2003. Naast de vergoeding voor het derdenbelang moest de bank ook de herfinancieringskosten van de kredietverlening dragen.

(56) Voorts maakte Duitsland opmerkingen over het beginsel van de investeerder die handelt volgens markteconomische principes. Volgens de jurisprudentie moet de marktconformiteit van prestatie en tegenprestatie uit het gezichtspunt van de investeerder worden beoordeeld. Het roept derhalve twijfel op dat de Commissie, zoals uiteengezet in het besluit tot inleiding van de procedure, voornamelijk uit het gezichtspunt van de ontvanger wil beoordelen of Helaba een economisch voordeel heeft ontvangen dat zij onder normale marktvoorwaarden niet zou hebben gekregen.

(57) Zo is het niet juist dat de Commissie, ongeacht of een investeerder in een markteconomie een geleidelijk stijgende berekeningsgrondslag voor de vergoeding geaccepteerd zou hebben, wil nagaan of Helaba door het niet-vergoede deel van het derdenbelang extra werd bevoordeeld (verbetering van de algemene solvabiliteit). Overeenkomstig punt 327 van het arrest WestLB mag niet alleen worden uitgegaan van de door de investering begunstigde onderneming. Een extra voordeel voor de begunstigde is irrelevant wanneer een investeerder in een markteconomie — ongeacht de redenen — geen bijkomende vergoeding voor dit voordeel eist. Geen enkele instelling zou bereid geweest zijn het totale bedrag onmiddellijk te vergoeden indien zij slechts een beroep zou kunnen doen op langzaam stijgende deelbedragen voor de uitbreiding van haar activiteiten en ook de overblijvende bedragen op geen enkele manier zou kunnen gebruiken. De deelstaat Hessen wilde zijn bijzonder woningbouwvermogen echter ondanks de omvang ervan in zijn totaliteit bij één enkele kredietinstelling onderbrengen. Een particuliere investeerder zou in een dergelijke situatie niet hebben aangedrongen op een onmiddellijke vergoeding van de volledige inbreng, tenzij hij een kredietinstelling gevonden zou hebben die op een dergelijke omvangrijke kapitaalinjectie aangewezen was, hetzij wegens een explosieve uitbreiding van haar activiteiten of als compensatie voor massale verliezen. Dit is echter niet het geval geweest. Helaba heeft geen profijt getrokken uit die delen van het derdenbelang waarop zij in de eerste jaren uit prudentieel oogpunt helemaal geen beroep kon doen en waarop zij volgens de wensen van haar eigenaars ook geen beroep mocht doen.

(58) Op basis van de met de deelstaat Hessen overeengekomen faseringsregeling heeft Helaba voor de uitbreiding van haar activiteiten slechts een beroep gedaan op tranches van circa [...] miljoen DEM per jaar plus het bovenvermelde bijzondere contingent van ongeveer [...] miljoen DEM. In economische termen kwam de faseringsregeling neer op de over een periode gespreide verwerving van meerdere derdenbelangen. De door de particuliere instellingen opgenomen bedragen moeten derhalve wellicht met de bedragen van de individuele tranches vergeleken worden. Alleen al daarom kan van een normale orde van grootte gesproken worden voor de markt. De deelstaat kon voor de verwerving van het ongedeelde bijzonder vermogen, waartoe overigens alleen Helaba bereid was, geen vergoedingsopslag eisen, maar moest na afloop van de onderhandelingen veeleer aanvaarden dat slechts een vergoeding zou worden betaald op geleidelijk stijgende deelbedragen van deze investering.

(59) De inbreng werd wegens zijn aanvullende aansprakelijkheidsfunctie terecht niet door een avalprovisie vergoed, aangezien deze door de bank uit prudentieel oogpunt niet voor de uitbreiding van haar activiteiten werd gebruikt. Het zou immers economisch gezien niet redelijk zijn dat een kredietinstelling, die van alle ratingbureaus reeds de beste kredietwaardigheidsbeoordeling had gekregen, iets zou betalen voor de aansprakelijkheidsfunctie van aanvullende opgenomen middelen. De voorwaarden waaronder de instelling vreemd vermogen kon opnemen, zouden niet nog beter geworden zijn, zodat er geen sprake is geweest van een geldelijk voordeel. De investeerder, in wiens belang het volledige kapitaal ongedeeld in de bank was ingebracht, kon derhalve geen vergoeding voor de aansprakelijkheidsfunctie afdwingen.

(60) De in het besluit tot inleiding van de procedure vermelde twijfels van de Commissie betreffende het gebrek aan liquiditeit van het kapitaal waren gedeeltelijk gebaseerd op de methodologie van de WestLB-beschikking, die gezien de grote verschillen met de feiten van voorliggende zaak, niet kan worden toegepast. Volgens Duitsland moeten in dit geval de bruto- en niet alleen de nettoherfinancieringskosten afgetrokken worden van de vergoeding voor vergelijkbare, maar liquide derdenbelangen. Immers, ook bij particuliere kredietinstellingen is de vergoeding voor de liquiditeitsfunctie van een door hen verworven derdenbelang fiscaal aftrekbaar. Indien bij Helaba alleen de nettoherfinancieringskosten van de fictieve vergoeding voor een liquide derdenbelang zouden worden afgetrokken, moet op dezelfde manier tewerk gegaan worden bij particuliere kredietinstellingen met betrekking tot de door hen daadwerkelijk betaalde vergoeding voor een liquide derdenbelang. Anders zou de vergelijking niet opgaan.

IV. **STANDPUNT VAN BETROKKENEN**

1. *STANDPUNT VAN DE KLAGER BDB*

(61) Volgens BdB heeft Helaba geen passende vergoeding betaald voor het ingebrachte basisvermogen en heeft zij dus staatssteun ontvangen.

(62) In zijn opmerkingen van 29 juli 2003 over de op 13 november 2002 ingeleide procedures ten aanzien van de deelstaatbanken verklaart BdB dat een passende vergoeding kan worden bepaald aan de hand van de methodiek waarop de Commissie zich in haar WestLB-beschikking heeft gebaseerd.

(63) Daarom moet als eerste stap het beschikbaar gestelde kapitaal worden vergeleken met andere eigen-vermogensinstrumenten. Daarna moet de minimale vergoeding worden bepaald die een investeerder voor de concrete inbreng van eigen vermogen bij de deelstaatbank zou mogen verwachten. Ten slotte moeten vanwege de bijzonderheden van de overdracht eventuele opslag- en aftrekbedragen worden berekend.

1.1. VERGELIJKING MET ANDERE EIGEN-VERMOGENSINSTRUMENTEN

(64) Nagenoeg alle deelstaatbanken hadden volgens BdB vanaf 1992 nieuw basisvermogen nodig om te kunnen voldoen aan de strengere eisen van de nieuwe solvabiliteitsrichtlijn. Zonder de kapitaalverhoging hadden de deelstaatbanken hun activiteiten moeten terugschroeven. Daaruit kan volgens BdB worden geconcludeerd dat het ingebrachte kapitaal alleen vergeleken mag worden met de eigenvermogensinstrumenten die in Duitsland in het jaar van inbreng als basisvermogen (tier-1-vermogen) erkend en beschikbaar waren. Om die reden vallen preferente aandelen zonder stemrecht, winstbewijzen en de zogeheten perpetual preferred shares (eeuwigdurende preferente aandelen) als vergelijkingsmateriaal bij voorbaat af. Deze drie eigen-vermogensinstrumenten werden in Duitsland immers niet erkend als basisvermogen, maar als aanvullend vermogen (tier-2-kapitaal).

(65) In de perioden waarin het kapitaal werd ingebracht, werden alleen aandelenkapitaal en een derdenbelang als basisvermogen erkend. Volgens BdB kon Helaba voor de concrete investering daarbij in principe alleen kiezen voor de rechtsvorm van nominaal of aandelenkapitaal. BdB stelt daarbij niet de daadwerkelijke erkenning door de genoemde autoriteiten ter discussie. Wel wordt erop gewezen dat een erkenning in deze vorm niet had mogen plaatsvinden, omdat de concreet afgesproken inbreng van de deelstaat Hessen als niet-beherende maat economisch en juridisch niet met een „normaal" derdenbelang te vergelijken is, maar alleen met nominaal of aandelenkapitaal. Nu de erkenning in deze vorm een feit is, moet in ieder geval als leidraad voor de vergoeding van het derdenbelang van de deelstaat de vergoeding worden genomen die gebruikelijk is bij een deelneming in het aandelenkapitaal, omdat een investeerder in een markteconomie vanwege de gelijkenis ervan met aandelenkapitaal en de concrete risicostructuur ook zo'n vergoeding zou hebben geëist.

(66) BdB toetst het derdenbelang van de deelstaat Hessen aan een lijst van criteria en komt daarbij tot de conclusie dat het economisch en juridisch te vergelijken is met aandelenkapitaal en niet met derdenbelangen zoals die op de markt voorkomen.

(67) Daarbij baseert BdB zich vooral op het feit dat een „normaal" derdenbelang looptijdgebonden en opzegbaar is en overeenkomstig de door het Bazelse Comité voor het bankentoezicht opgestelde grondregels voor niet meer dan 15 % van het basisvermogen mag worden ingezet, terwijl het derdenbelang van Hessen evenals aandelenkapitaal een onbepaalde looptijd heeft en de 15 %-grens mag overschrijden. Verder mag uit een afspraak om het kapitaal als achtergesteld vermogen in te brengen, niet worden afgeleid dat de investeerder daarmee minder risico loopt, omdat het kapitaal een aanzienlijk deel van het totale basisvermogen uitmaakt en soms zelfs meer dan 50 % bedraagt. Daarmee

is de kans veel groter dat het ingebrachte kapitaal wordt gebruikt om eventuele verliezen op te vangen. Om die reden moet een hogere risicopremie worden betaald. Verder wijst BdB erop dat een derdenbelang prudentieel als zogeheten lower-tier-1-vermogen erkend dient te worden en daarom overeenkomstig de zogeheten verklaring van Sydney uit 1998 van het Bazelse Comité voor het bankentoezicht slechts 15 % van het vereiste basisvermogen mag uitmaken. Een derdenbelang kan dus niet worden ingezet voorzover deze bovengrens wordt overschreden. Ten slotte kunnen de door Duitsland genoemde *perpetuals* van Deutsche Bank niet als maatstaf voor een passende vergoeding dienen, omdat deze ook aan de 15 %-grens onderworpen zijn en daarmee voor Helaba eind 1998 geen alternatief waren.

(68) Bovendien heeft de deelstaat het kapitaal voor onbepaalde duur aan Helaba beschikbaar gesteld aangezien dit kapitaal van zijn kant niet opzegbaar is. Ook aandeelhouders kunnen hun aandelen niet „opzeggen", maar zij zijn nog vrij om hun aandelen te verkopen en elders investeringen te doen. Los van de juridische details kan er in dit geval alleen al geen sprake zijn van een dergelijke overdraagbaarheid omdat er geen markt bestaat voor kapitaalbeleggingen van deze omvang en met een onbeperkte looptijd. Particuliere investeerders houden daarentegen in de regel de mogelijkheid open om hun kapitaal bij aanhoudend slechte resultaten weer aan de onderneming te onttrekken om het rendabeler te beleggen. Als een particuliere investeerder al risicokapitaal op permanente basis zou vastleggen, dan zou hij dat alleen doen tegen een navenant hoog rendement.

(69) Bij de hier gekozen vorm van kapitaalinbreng gaat het daarom om een normale deelneming in het aandelenkapitaal, waarvoor een investeerder in een markteconomie een overeenkomstig rendement zou verwachten. Met name is het niet voldoende om het aspect van de onbepaalde looptijd alleen te verdisconteren in een opslag op het basisrendement op een vergelijkbaar derdenbelang (voor bepaalde duur).

(70) De volgende twee tabellen geven een overzicht van de belangrijkste verschillen tussen het „derdenbelang" van Helaba en andere vormen van eigen vermogen die ten tijde van de investering beschikbaar waren.

	„Derden-belang" van Helaba	Aande-len-kapi-taal	Derdenbelang	Prefe-rente aande-len	Winst-bewijzen	Preferente aandelen
In 1998 beschik-baar op de Duitse markt	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja
Prudentiële kwa-liteit	Basis-vermo-gen	Basis-vermo-gen	Basis-vermo-gen, maar alleen onder bepaalde voorwaarden en 15 %-grens	Aan-vullend vermo-gen	Aanvullend vermogen, maar alleen onder bijzon-dere voor-waarden	Aanvullend vermogen of basisvermo-gen met 15 %-grens

	Aandelenkapitaal	„Derdenbelang" van Helaba	Derdenbelang
Grootschalig inzetbaar	Ja	Ja	Nee
Onbepaalde looptijd	Ja	Ja	Nee
Investeerder heeft opzeggings-recht	Ja	Ja	Ja
Dekking van lopende verliezen	Ja	Ja	Ja
Terugbetaling aan de crediteuren bij insolventie	Ja	Ja Niet intern achtergesteld bij het aandelenkapitaal	Ja Vóór het aandelenkapitaal

	Aandelenkapitaal	„Derdenbelang" van Helaba	Derdenbelang
Aandeel in de winst	Ja	Ja	Ja
Geen nabetaling bij geen uitkering van de winst	Ja	Ja	Nee Cumulatieve nabetaling mogelijk

1.2. FISCALE AFTREKBAARHEID

(71) BdB betwijfelt of het winstaandeel van de deelstaat als bedrijfskosten mag worden afgetrokken. Er mag worden verondersteld dat de deelstaat met de inbreng als niet-beherende maat een aanzienlijk ondernemersrisico aangaat. De grote omvang van de kapitaalinbreng en het feit dat het belang niet opzegbaar is, duiden daarop. Op grond van dit ondernemersrisico kan worden gesproken van een personenvennootschap (een zogeheten atypische stille vennootschap), kan het derdenbelang fiscaal worden aangemerkt als eigen vermogen van de personenvennootschap en mag het winstaandeel van de stille vennoot niet als bedrijfskosten bij Helaba worden afgetrokken.

1.3. MINIMALE VERGOEDING VOOR EEN DEELNEMING IN HET AANDELENKAPITAAL VAN EEN DEELSTAATBANK

(72) Volgens BdB gaan alle berekeningsmethoden voor een passende vergoeding (rendement) voor beschikbaar gesteld eigen vermogen uit van een risicovrij rendement en wordt daarbij een risicopremie opgeteld. Ze zijn te herleiden zijn tot de volgende formule:

verwacht rendement van een risicodragende investering

= risicovrij rendement + risicopremie op de risicodragende investering

(73) Voor de vaststelling van het risicovrije rendement gaat BdB uit van het rendement op langlopende staatsleningen, omdat door de overheid uitgegeven waardepapieren met een vaste rente beleggingen zijn waaraan het minste of zelfs geen enkel risico verbonden is. ([12])

(74) Voor de berekening van de risicopremie bepaalt BdB eerst de zogeheten marktrisicopremie, dat wil zeggen het verschil tussen het gemiddelde lange-termijnrendement op aandelen enerzijds en staatsleningen anderzijds. Voor de Duitse aandelenmarkt stelt BdB deze op basis van een studie van Stehle-Hartmond uit 1991 vast op een uniform percentage van 4,6 %.

([12]) Om inflatie-effecten te elimineren, moet daarom voor elke periode waarin het vermogen is ingebracht, het procentuele rendement op een langlopende staatslening worden vastgesteld zonder daarbij rekening te houden met de inflatieverwachting. Voor de vaststelling van de langlopende risicovrije basisrente moet dan de verwachte gemiddelde lange-termijninflatie van 3,6 % worden opgeteld bij de reële basisrente in de waarnemingsperiode.

(75) Daarna bepaalt BdB de bètawaarde van de deelstaatbanken, dat wil zeggen de individuele risicopremie van de banken waarvoor de algemene marktpremie zou moeten worden gecorrigeerd. In het genoemde standpunt stelt BdB de bètawaarden naar eigen zeggen statistisch vast, hetgeen inhoudt dat deze waarden worden geraamd op basis van een historische steekproef. Daarbij komt BdB tot de conclusie dat de bètawaarden voor alle deelstaatbanken en waarnemingsperioden hoger liggen dan één. ([13])

(76) De minimale vergoeding voor een deelneming in het aandelenkapitaal van Helaba die ten tijde van de inbreng van het stimuleringskapitaal op 31 december 1998 verwacht mag worden, bedraagt volgens de BdB-berekeningen 11,66 % per jaar.

1.4. OPSLAG- EN AFTREKBEDRAGEN VANWEGE DE BIJZONDERHEDEN VAN DE TRANSACTIES

(77) BdB stelt vast dat het Gerecht van eerste aanleg het door de Commissie in de WestLB-beschikking vastgestelde percentage van 4,2 % dat vanwege het gebrek aan liquiditeit van het WfA-vermogen op de minimale vergoeding van 12 % in mindering is gebracht, correct heeft bevonden. Volgens BdB bestaat er geen aanleiding om in de voorliggende zaken af te wijken van deze methode, en dient er ook nu een liquiditeitsaftrek plaats te vinden. De hoogte van de aftrek voor het gebrek aan liquiditeit moet worden bepaald aan de hand van de bij WestLB toegepaste methodiek en dus aan de hand van de nettoherfinancieringskosten (brutoherfinancieringskosten minus de door de onderneming te betalen belastingen).

(78) Volgens BdB moet de liquiditeitsaftrek voor Helaba worden berekend op basis van een brutoherfinancieringspercentage van 6,57 % per jaar (de langlopende risicovrije basisrente ten tijde van de inbreng in 1998) en moet daarop het desbetreffende belastingtarief worden toegepast om het nettoherfinancieringspercentage te verkrijgen.

([13]) BdB voegt ter vergelijking ook de theoretische bètawaarden volgens het CAPM (Capital Asset Pricing Model) bij en stelt vast dat deze nauwelijks afwijken van die welke empirisch zijn bepaald.

(79) Volgens BdB leiden drie overdrachtsaspecten tot een groter risico dan bij een „normale" deelneming in aandelenkapitaal: ten eerste heeft het overgedragen vermogen in een aantal gevallen een zeer grote omvang, ten tweede zijn er geen nieuwe aandelen uitgegeven en zijn dus geen extra stemrechten verworven en ten derde is er sprake van een gebrek aan fungibiliteit van de belegging, met andere woorden, het is niet te allen tijde mogelijk om het geïnvesteerde kapitaal weer aan de onderneming te onttrekken. Uitgaande van de bij WestLB gevolgde methodiek acht BdB een opslag van ten minste 1,5 % per jaar gerechtvaardigd.

1.5. KAPITAALBASIS EN VERGOEDINGSCOMPONENTEN

(80) Om te beginnen wijst BdB erop dat bij de berekening van een passende vergoeding bij Helaba moet worden uitgegaan van het gehele bedrag dat als basisvermogen en daarmee als buffer voor commerciële activiteiten is erkend, en niet alleen van het deel dat daadwerkelijk als buffer wordt of is gebruikt, dit omdat investeerders in een markteconomie ook niet zouden accepteren dat hun vergoeding beperkt bleef tot het deel dat daadwerkelijk als buffer is gebruikt. Voor particuliere investeerders die het risico van hun investering dragen, maakt het niet uit of de kredietinstelling het ingebrachte kapitaal daadwerkelijk voor expansiedoeleinden gebruikt. Voor hen is eerder van doorslaggevend belang dat met het ingebrachte bedrag niets meer kan worden gedaan en dus geen rendement meer kan worden behaald.

(81) Bij de berekening van de vergoeding voor de jaren 1998 tot 2002 op basis van tranches die van jaar tot jaar groter werden, had geen aftrek mogen worden toegepast omdat een opsplitsing van het ingebrachte kapitaal achterwege was gebleven of omdat de inbreng „en bloc" voor Helaba belastende gevolgen had. Ook al is de kapitaalinbreng mogelijkerwijs niet noodzakelijk geweest om te voldoen aan de solvabiliteitscriteria, toch is daarmee het eigen vermogen van Helaba vergroot en een sterke uitbreiding van de commerciële activiteiten mogelijk geworden. Een investeerder in een markteconomie had dan ook vanwege de erkenning als aansprakelijk vermogen een vergoeding voor het gehele bedrag willen ontvangen.

(82) De aansprakelijkheidsprovisie van 0,3 % per jaar waarvan de Commissie in haar WestLB-beschikking is uitgegaan en die zij heeft vastgesteld aan de hand van een vergelijking van het kapitaal met een borgstelling, moet op dat deel van het ingebrachte basisvermogen worden geheven dat niet gebruikt kan worden als buffer voor commerciële activiteiten.

(83) Als vergoedingscomponenten kunnen alleen de aansprakelijkheidsprovisie en een opslag in verband met het permanente karakter in aanmerking worden genomen. De bedrijfsbelasting, die de deelstaat voor het merendeel ook helemaal niet ten goede komt, maar aan de gemeente moet worden afgedragen, vormt geen vergoedingscomponent. Dit is een wettelijk opgelegde last, die los van de intenties van de betrokken partijen verband houdt met de feitelijke fiscale situatie.

(84) Tot slot wijst BdB erop dat de opbrengst niet aan de deelstaat Hessen wordt uitgekeerd, maar na aftrek van de belasting op inkomsten uit vermogen als nettobedrag aan het bijzondere vermogen wordt toegevoegd. Omdat Helaba de (enige) eigenaar van het bijzondere vermogen is, keert zij dus in feite aan zichzelf uit. Particuliere investeerders zouden dat echter als compensatie voor hun investering niet hebben geaccepteerd.

2. *OPMERKINGEN VAN DE DEELSTAAT NOORD-RIJNLAND-WESTFALEN EN VAN WESTLB*

(85) In een op 30 oktober 2003 door Duitsland toegezonden schrijven van de deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen en WestLB over het besluit van de Commissie van 13 november 2002 tot inleiding van de procedure bestrijden deze partijen dat de bij de deelstaatbanken ingebrachte vermogens met aandelenkapitaal kunnen worden vergeleken. Zogeheten perpetuals en een derdenbelang worden in Duitsland al sinds 1991 juist wel als basisvermogen erkend. Bovendien is de vergoeding niet afhankelijk van de prudentiële indeling, maar van het risicoprofiel van een investering. Daar de vermogens als aansprakelijk vermogen achtergesteld zijn, zouden deze qua risico beter met een derdenbelang of met perpetuals te vergelijken zijn dan met een deelneming in aandelenkapitaal.

(86) Wat de berekening van de minimale vergoeding bij een deelneming in aandelenkapitaal betreft, kan volgens WestLB tegen de CAPM-methode als zodanig geen bezwaar worden aangetekend. Alleen zijn de BdB-bètawaarden niet juist omdat ze duidelijk hoger liggen dan 1. Een bètafactor van meer dan 1 houdt in dat het ondernemingsaandeel een hoger risico vormt dan het algemene marktrisico. Op grond van de destijds toepasselijke regeling inzake institutionele aansprakelijkheid en aansprakelijkheid als borg ligt het investeringsrisico bij een deelstaatbank echter duidelijk onder het algemene marktrisico.

(87) Daarnaast is het in het bijzondere geval van deelstaatbanken onjuist om het rendement dat ten tijde van de inbreng van de vermogens bij deze banken verwacht mag worden, als richtsnoer te nemen. Dit is in het kader van de particuliere-investeerderstoets weliswaar een in beginsel zinnig uitgangspunt, maar hier zou het betekenen dat moet worden uitgegaan van het in 1991 te verwachten rendement. Het is echter economisch gezien volledig onrealistisch om een investeerder in 2003 het in 1991 verwachte rendement te geven, dat ver boven de feitelijk behaalde rendementen ligt. Als mechanisch een vast rendement van zo'n 12 % wordt gehanteerd, worden de deelstaatbanken ten opzichte van concurrenten uit de particuliere sector op een niet te rechtvaardigen wijze benadeeld.

(88) Wat de vanwege het gebrek aan liquiditeit van de overgedragen vermogens toe te passen aftrek betreft, zijn WestLB en de deelstaat Noord-Rijnland-Westfalen van mening dat de rente op risicovrije staatsleningen volledig moet worden afgetrokken van het basisrendement. Met de overgedragen vermogen hebben de deelstaatbanken immers geen liquide middelen ontvangen. De stelling dat dit percentage met het bedrag van de fiscale besparing moet worden verlaagd, is vanuit economisch oogpunt niet houdbaar, omdat de pricing voor kapitaalmarktinstrumenten niet wordt beïnvloed door de fiscale situatie. Anders

zou de prijs voor een kapitaalmarktinstrument afhankelijk van de fiscale situatie telkens anders moeten uitvallen.

(89) Ten slotte dient als factor die tot een lager risico en daarmee tot een lagere vergoeding leidt, in aanmerking te worden genomen dat er vanwege het gebrek aan liquiditeit van de vermogens ook geen sprake is van een liquiditeitsrisico. Dit zou tot een overeenkomstige aftrek moeten leiden. Ook dient vanwege het zogeheten eigenaareffect een bepaalde aftrek te worden toegepast. Een investeerder die al een belang in een onderneming heeft, beoordeelt een extra investering immers anders dan een nieuwe investeerder.

V. REACTIE VAN DUITSLAND OP HET STANDPUNT VAN BDB

(90) Volgens Duitsland slaagt BdB er niet in aan te tonen dat het bij het derdenbelang in feite om een deelneming in het aandelenkapitaal gaat, of onzekerheid te creëren over de vraag of de vergoeding die aan de deelstaat Hessen wordt betaald, wel passend is. Er is geen sprake van een steunmaatregel.

(91) Voor de berekening van de vergoeding wordt ten onrechte een omweg gemaakt en uitgegaan van de vergoeding van een fictieve deelneming in aandelenkapitaal. De deelstaat heeft zijn woningbouwstimuleringskapitaal van meet af aan als derdenbelang bij de bank ingebracht. Daarbij gaat het om een vennootschapsrechtelijk, fiscaalrechtelijk en prudentieel gedefinieerd financieringsinstrument dat fundamenteel afwijkt van een deelneming in het aandelenkapitaal. Zo'n deelneming wilde de deelstaat niet en wilden de eigenaren van de bank al helemaal niet.

(92) BdB veronachtzaamt aan de ene kant belangrijke verschillen tussen aandelenkapitaal en een derdenbelang en voert aan de andere kant aan dat er verschillen zijn tussen een „normaal" derdenbelang en het derdenbelang van de deelstaat Hessen, terwijl dit niet zo is.

(93) De argumentatie van BdB komt in wezen erop neer dat een derdenbelang een vaste looptijd heeft en opzegbaar is en daarom volgens de grondregels van het Bazelse Comité voor het bankentoezicht slechts tot maximaal 15 % van het totale basisvermogen van een kredietinstelling als basisvermogen wordt erkend. Omdat de deelstaat in Helaba een derdenbelang voor onbepaalde duur heeft genomen, de 15 %-grens op dit belang niet van toepassing is en er daarom geen sprake is van een „normaal" derdenbelang, maar van functioneel aandelenkapitaal, moet voor de berekening van de vergoeding niet worden uitgegaan van andere derdenbelangen of andere innovatieve kapitaalinstrumenten, maar van aandelenkapitaal.

(94) Dit hoofdargument van BdB gaat om diverse redenen niet op. Zo heeft een derdenbelang vennootschapsrechtelijk of prudentieel gezien niet als belangrijkste kenmerk dat het per definitie een vaste looptijd heeft of opzegbaar is. Andersom is het evenmin zo dat aandelenkapitaal per definitie een onbepaalde duur heeft en niet opzegbaar is. Volgens het Duitse vennootschapsrecht kunnen juist alle vennootschappen ongeacht de rechtsvorm ervan voor bepaalde duur worden opgericht of kan worden afgesproken dat een belang opzegbaar is zonder dat dit in Duitsland een prudentiële erkenning van dit belang als basisvermogen in de weg staat.

(95) Voorts laat BdB onvermeld dat de 15 %-grens voor een erkenning als basisvermogen overeenkomstig het internationaal prudentieel recht na de zogeheten verklaring van Sydney van het Bazelse Comité voor het bankentoezicht en de daaruit resulterende Duitse toezichtpraktijk niet geldt voor kapitaalinstrumenten met een permanent karakter die alleen op initiatief van de uitgevende instelling (dus niet door de investeerder) kunnen worden opgezegd. Overigens wordt er in de Duitse toezichtspraktijk inmiddels van uitgegaan dat een belang ook op permanente basis beschikbaar wordt gesteld en daarop dus niet de 15 %-grens van toepassing is als het een looptijd van ten minste dertig jaar heeft en expliciet wordt vastgelegd dat de investeerder het niet mag opzeggen. Ook daaruit blijkt dat belangen van bepaalde duur en van onbepaalde duur onderling beslist niet zo fundamenteel verschillen als BdB schetst. Daarom is het wat de passende vergoeding betreft, geenszins noodzakelijk of terecht dat het derdenbelang als aandelenkapitaal wordt geïnterpreteerd.

(96) Slechts een paar maanden na Helaba heeft Deutsche Bank met zogeheten perpetuals op de kapitaalmarkt eeuwigdurende leningen opgenomen. In tegenstelling tot hetgeen BdB beweert, is volgens een toegezonden krantenbericht de 15 %-grens daarop niet van toepassing omdat niet is overeengekomen dat het rentepercentage wordt verhoogd ingeval de bank niet gebruikmaakt van haar aflossingsrecht (geen step-up-clausule). De perpetuals van Deutsche Bank zijn ook geenszins een uitzondering, omdat daarna talrijke andere kredietinstellingen eeuwigdurende leningen op de markt hebben opgenomen. Daarvan geeft Duitsland diverse voorbeelden. Bij geen enkele emissie met een omvang van 150 miljoen EUR tot meer dan 2 miljard EUR komt het rendement ondanks de grote vraag ook maar in de buurt van dat van aandelenkapitaal. De vergoeding beweegt namelijk tussen de 110 en 290 basispunten boven midswap-rente. Ook al in 1999 is wat de vergoeding betreft het onderscheid tussen kapitaalinstrumenten voor bepaalde en onbepaalde duur noch de vraag of de emissieopbrengst onder de 15 %-grens valt, voor de markt van doorslaggevende betekenis geweest.

(97) Ook zijn de door BdB genoemde criteria, waaruit enerzijds overeenkomsten tussen aandelenkapitaal en het derdenbelang van de deelstaat Hessen en anderzijds verschillen

tussen dit derdenbelang en een „normaal" derdenbelang moeten blijken, selectief en niet steekhoudend. De BdB veronachtzaamt aan de ene kant de speelruimte die partijen hebben wanneer ze afspraken maken over een derdenbelang, en aan de andere kant de kenmerken die voor het onderscheid tussen aandelenkapitaal en een derdenbelang van wezenlijk en onmisbaar belang zijn.

(98) Over aandelenkapitaal wordt geen rente betaald. Wel geeft het recht op een dividenduitkering, die niet alleen afhankelijk is van de winst, maar vooral ook een winstdeling is. De vergoeding voor een derdenbelang hangt daarentegen alleen af van de winst. Of bij een derdenbelang al dan niet nabetalingen plaatsvinden, bepalen de partijen zelf. Het is in elk geval geen wezenlijk kenmerk van een „normaal" derdenbelang. Overeenkomstig [...] en paragraaf 10, lid 4, van de KWG is uitdrukkelijk vastgelegd hetgeen voor een derdenbelang wel kenmerkend is, namelijk dat daarvoor bij verliezen een achtergestelde nabetalingsplicht geldt. Daarentegen komt dit belang bij toekomstige winsten als eerste in aanmerking om te worden aangevuld tot het oorspronkelijke bedrag ([14]).

(99) De bewering dat alleen aandelenkapitaal en niet een „normaal" derdenbelang onbeperkt inzetbaar is, wordt weerlegd door de omvang van het kapitaal dat particuliere kredietinstellingen in de jaren 1998 en 1999 op de kapitaalmarkt hebben opgenomen. Deze lopen op tot zo'n 1 miljard EUR. In relatieve termen wordt elk derdenbelang ook boven de 15 %-grens als basisvermogen erkend mits het belang voldoet aan de voorschriften van het Bazelse Comité voor het bankentoezicht en aan de daaruit resulterende toezichtspraktijk in Duitsland.

(100) Een recent bewijs waaruit blijkt dat de 15 %-grens kán worden overschreden, vormt een kapitaalmaatregel van 2 december 2003 van een lid van BdB, Deutsche Bank. Daarbij gaat het om kapitaal van in totaal 300 miljoen EUR dat is aangetrokken onder particuliere beleggers en een onbeperkte looptijd heeft (perpetuals) ([15]). Daaruit blijkt andermaal hoe liquide en transparant de markt voor dergelijk kapitaal van Duitse banken ook bij grote volumes is. Uit de hoogte van de aansprakelijkheidsvergoeding van 0,99 % die voor het derdenbelang van de deelstaat Hessen bij Helaba is afgesproken, blijkt ook het marktgerelateerde en marktconforme karakter van deze vergoeding.

(101) Op verzoek van de Commissie heeft Duitsland een tabel toegezonden met informatie over de ontwikkeling van derdenbelangen en ander hybride basisvermogen bij een aantal geselecteerde particuliere grote banken in de periode 1998-2003. Volgens Duitsland laat de tabel zien dat de genoemde instellingen ook hybride basisvermogen boven de prudentiële 15 %-grens hebben aangetrokken en met hoeveel deze grens is overschreden ([+]):

	[Bank A]			[Bank B]			[Bank C]		
	Hybride basisvermogensinstrumenten (waarvan derdenbelang) (in mln EUR)	Basisvermogen (in mln EUR)	Aandeel hybride basisvermogen (in %)	Hybride Basisvermogensinstrumenten (in mln EUR)	Basisvermogen (in mln EUR)	Aandeel hybride basisvermogen (in %)	Hybride basisvermogensinstrumenten (in mln EUR)	Basisvermogen (in mld EUR)	Aandeel hybride basisvermogen (in %) (*)
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]) [...] luidt als volgt: „[...]".

([15]) Zie *Börsenzeitung* van 7 november 2003 en *International Financial Review* van 22 november 2003.

([+]) De informatie over deze particuliere banken is vertrouwelijk. Ze worden in de tabel aangeduid met bank A, B en C.

	[Bank A]			[Bank B]			[Bank C]		
	Hybride basisvermogensinstrumenten (waarvan derdenbelang) (in mln EUR)	Basisvermogen (in mln EUR)	Aandeel hybride basisvermogen (in %)	Hybride Basisvermogensinstrumenten (in mln EUR)	Basisvermogen (in mln EUR)	Aandeel hybride basisvermogen (in %)	Hybride basisvermogensinstrumenten (in mln EUR)	Basisvermogen (in mld EUR)	Aandeel hybride basisvermogen (in %) (*)
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 %

(*) Uitgaande van een volledige toerekening tot het basisvermogen.

(**) Inclusief cumulatieve preferente aandelen na consolidatie van de trustmaatschappijen.

(102) In tegenstelling tot hetgeen BdB beweert, worden zowel het derdenbelang van de deelstaat Hessen als dergelijk op de kapitaalmarkt aangetrokken kapitaal bij insolventie vóór het aandelenkapitaal terugbetaald en nemen ze dus ten opzichte van dit kapitaal een preferente positie in. Terwijl de eigenaren van een onderneming bij insolventie van de onderneming met lege handen blijven staan, krijgen de deelstaat Hessen evenals andere investeerders die een derdenbelang nemen, in tegenstelling tot hetgeen BdB beweert, het bij faillissement aan de schuldeisers uitgekeerde gedeelte en lopen ze met dit belang dus een geringer risico dan aandelenkapitaal.

(103) Een via een stille vennootschap ingebracht derdenbelang verschilt van aandelenkapitaal in die zin dat de stille vennoot niet deelt in het vermogen van de onderneming en ook geen stemrecht heeft. BdB laat dit onvermeld bij het aanduiden van de verschillen en acht in dit geval juist een opslag gewenst. De markt gaat niet mee in deze logica.

(104) BdB betwijfelt of de vergoeding fiscaal aftrekbaar is, maar deze twijfel is onterecht. De deelstaat Hessen heeft niet het voor een personenvennootschap vereiste ondernemersrisico op zich genomen en heeft zich evenmin belast met het vereiste ondernemersinitiatief. Zo deelt de deelstaat evenals elke andere stille vennoot op grond van de overeenkomst tot oprichting van de stille vennootschap alleen in de lopende winsten en verliezen van Helaba en dus niet in haar stille reserves of in de waarde of waardestijgingen van het bedrijfskapitaal. Bij opheffing van de stille vennootschap krijgt Hessen alleen de inbreng terug. De deelstaat heeft niet het stem-, controle- en instemmingsrecht gekregen van een commanditaire vennoot en evenmin het controlerecht van een vennoot in de zin van artikel 716, lid 1, van de BGB (Bürgerliches Gesetzbuch, het Duitse burgerlijk wetboek). Overigens kan op grond van de overeenkomst tussen de deelstaten Hessen en Thüringen tot oprichting van een gemeenschappelijke spaarbankorganisatie geen atypische stille vennoot worden opgenomen. Omdat er geen sprake is van een personenvennootschap, hebben de financiële autoriteiten ermee ingestemd dat de vergoeding aan de deelstaat fiscaal wordt afgetrokken.

(105) Ook is de boekhoudkundige behandeling in beide gevallen anders. Voor het aandelenkapitaal wordt een vergoeding gegeven op basis van de winst (overschot van activa) op balansdatum. De aandeelhoudersvergadering neemt daartoe een besluit. Bij het derdenbelang van de deelstaat Hessen wordt de vergoeding betaald uit het renteoverschot en komt deze daarmee ten laste van het operationele resultaat van de bank (de vergoeding maakt deel uit van de rentelasten). Het gaat niet om een verdeling van de winst en er is dus geen besluit van de aandeelhouders vereist. Deze dwingend voorgeschreven boekhoudkundige behandeling van het derdenbelang heeft een nadelige invloed op de kosten-baten-ratio en het rendement op het eigen vermogen.

(106) Anders dan BdB beweert zouden investeerders in een markteconomie hebben geaccepteerd dat de berekeningsgrondslag voor hun vergoeding beperkt zou blijven tot het deel waarop daadwerkelijk een beroep werd gedaan voor expansiedoeleinden, en zouden ze voor het resterende deel geen vergoeding van 0,3 % overeenkomstig de WestLB-beschikking van de Commissie hebben gevraagd. Op grond van de vooraf medegedeelde, beperkte behoefte van Helaba zouden zij ook geen beter onderhandelingsresultaat hebben bereikt dan de deelstaat Hessen.

(107) De BdB-argumentatie inzake de hoogte van een passende vergoeding berust op onjuiste uitgangspunten. Als maatstaf kunnen alleen de vergoedingen dienen die in de desbe-

treffende periode op de markt voor vergelijkbare derdenbelangen in kredietinstellingen zijn overeengekomen. Derdenbelangen, maar ook de kwaliteit van de kredietinstellingen die dergelijk kapitaal aantrekken, kunnen van geval tot geval uiteenlopen. Bij een vergelijking moet daarmee rekening worden gehouden via opslag- en aftrekbedragen, en wel op de vergoeding voor dergelijke belangen en niet voor een hypothetische deelneming in aandelenkapitaal.

(108) Afgezien daarvan bevat ook de door BdB uitgevoerde berekening van het rendement op een deelneming in aandelenkapitaal fouten. Bij de vaststelling van de bètawaarde kunnen de deelstaatbanken niet worden gelijkgesteld met de zogenoemde kredietbanken met een bovengemiddeld systematisch risico. Er kan beter worden uitgegaan van een duidelijk omlijnde groep: de banken met een DAX-notering. Risicoarme hypotheekvorderingen en vorderingen op gemeenten en interbancaire instellingen maken een groot deel uit van het balanstotaal van Helaba. In het kader van een geobjectiveerde ondernemingswaardering heeft een deskundige voor zeven kredietinstellingen met een qua commercieel risico, commerciële activiteiten, clientèle en omvang vergelijkbare risicostructuur een bètafactor vastgesteld die op 1 januari 1999 op gemiddeld [...] lag, dus duidelijk onder 1. De deskundige is uitgegaan van een marktrendement op lange termijn van 5,0 % en een risicovrije lange rente van 6,0 %. Daarmee komen de kosten van het eigen vermogen op 1 januari 1999 uit op [...] %. De BdB-bewering over rendement op het eigen vermogen van Helaba van 11,66 % op 31 december 1998 berust op een veel te hoge bètafactor en daarnaast op niet meer actuele, historische gegevens. Het renteniveau is in de laatste decennia sterk veranderd en de opmerkingen van BdB over de inflatie en inflatieverwachting zijn in dit verband niet te volgen.

(109) Voorts kan de afgesproken vergoeding tijdens de looptijd van het derdenbelang alleen worden vergeleken met het desbetreffende, veranderende rendement op het aandelenkapitaal en niet met bijvoorbeeld het rendement op het aandelenkapitaal van de onderneming ten tijde van de investering. Niemand zou een eigenaar van de bank het rendement op het eigen vermogen van eind 1998 hebben gegarandeerd en daarmee het risico van rendementsschommelingen op zich hebben genomen.

(110) De BdB-opmerkingen over de hoogte van de aftrek van de herfinancieringskosten zijn niet te volgen. Er mag alleen worden uitgegaan van de nettoherfinancieringskosten als op de ter vergelijking aangehaalde vergoedingen die particuliere kredietinstellingen betalen voor vergelijkbaar kapitaal dat ze op de kapitaalmarkt opnemen, het voor deze instellingen geldende theoretische of effectieve belastingtarief in mindering wordt gebracht. Voor het op de kapitaalmarkten aangetrokken kapitaal wordt overigens regelmatig niet de gehele vergoeding, maar alleen de opslag op de vergoeding aangegeven, die bij instrumenten met een variabele rente en bij een niet-monetaire inbreng overeenkomt met de aansprakelijkheidsvergoeding. De vergoeding voor het derdenbelang van de deelstaat Hessen en de op de markt betaalde vergoeding kunnen dan ook rechtstreeks met elkaar worden vergeleken. De omweg via een fictieve algehele vergoeding voor een fictieve inbreng in geld, waarvan dan de herfinancieringskosten afgetrokken moeten worden, is overbodig en leidt daarnaast tot een veel grotere onzekerheid over de kwantitatieve beoordeling, omdat dan via een aantal stappen geschatte parameters moeten worden ingevoerd.

(111) Anders dan BdB beweert, hoeft geen opslag op de vergoeding te worden betaald. Empirisch is niet bewezen dat op de markt een opslag wordt betaald als het belang erg groot is. Bij particuliere kredietinstellingen die vergelijkbaar kapitaal aantrekken, valt er geen verband te constateren tussen bedrag en vergoeding. De deelstaat heeft juist het afgesproken trapsgewijze model moeten accepteren omdat Helaba voor het ongedeelde bijzondere vermogen in eerste instantie geen bestemming had. Op de markt zou geen investeerder erin geslaagd zijn naast een onmiddellijke vergoeding voor het algehele bedrag ook nog een opslag in de wacht te slepen.

(112) Voorts is het uitgangspunt dat bij deelnemingen in aandelenkapitaal een extra vergoeding moet worden gegeven als wordt afgezien van stemrecht, niet van toepassing op een stille vennootschap. Stille vennoten hebben van rechtswege geen stemrecht. Ook de markt honoreert stille vennoten niet voor het feit dat zij zogenaamd afstand doen van hun mogelijkheden om invloed uit te oefenen.

(113) In beginsel is het juist dat investeerders op de markt wegens het gebrek aan fungibiliteit van hun belegging een hoger rendement ontvangen. Bij de besprekingen die voorafgingen aan de transactie, is dan ook rekening gehouden met het feit dat het derdenbelang van de deelstaat in vergelijking met winstbewijzen een gebrek aan fungibiliteit vertoont. Ook hebben de partijen de onbeperkte looptijd van het derdenbelang door middel van de opslag op de vergoeding van 0,20 % per jaar verdisconteerd. Een particuliere investeerder zou evenwel in aanmerking hebben genomen dat in dit geval geen geld werd belegd, maar een niet te delen vermogen met een bijzondere bestemming dat slechts in niet-monetaire vorm kon worden ingebracht. Als BdB stelt dat er geen markt voor een dergelijke investering bestaat, dan geldt dit niet alleen voor de herbelegging (fungibiliteit), maar ook al voor de eerste belegging. Het is niet aannemelijk dat een particuliere belegger dit in ogenschouw nemend een nog hogere opslag had gevraagd of gekregen als de 0,20 % per jaar die in verband met de onbeperkte looptijd is afgesproken. Daarop wordt door BdB ook niet nader ingegaan of een nadere toelichting gegeven.

(114) Tot slot moet, in tegenstelling tot hetgeen BdB beweert, rekening worden gehouden met het effect van bedrijfsbelastingen. Een derdenbelang in kredietinstellingen wordt in de regel genomen door institutionele beleggers, die de bedrijfsbelasting op de ontvangen vergoeding zelf moeten afdragen. De deelstaat is evenwel vrijgesteld van het betalen van bedrijfsbelasting en zou daarom genoegen nemen met een navenant lagere vergoeding. Ter compensatie heeft de vrijstelling van de deelstaat tot gevolg dat voor de bank een

betalingsverplichting ontstaat en zij de bedrijfsbelasting moet afdragen. Het speelt geen rol of deze afdracht aan de deelstaat of aan de gemeente plaatsvindt. Evenmin is het van belang dat de bedrijfsbelasting wordt berekend aan de hand van de belastbare inkomsten — in de regel van de ontvanger van de vergoeding, in dit geval echter van de bank — zolang de bank überhaupt inkomsten heeft. Lijdt zij evenwel verliezen, dan hoeft niet alleen geen bedrijfsbelasting te worden betaald, maar ook geen vergoeding voor het derdenbelang.

(115) Anders dan BdB beweert, betaalt Helaba de vergoeding evenmin aan zichzelf. Ingevolge het besluit van de deelstaat Hessen komt de na belastingen resterende opbrengst uit de belegging van het bijzondere vermogen niet de algemene begroting ten goede, maar krijgt deze ook een bijzondere bestemming om de stimuleringsactiviteiten een extra prikkel te geven. Dit is een kwestie van besteding van de door Helaba aan de deelstaat betaalde middelen.

VI. BEOORDELING VAN DE MAATREGEL

1. *STEUNMAATREGEL IN DE ZIN VAN ARTIKEL 87, LID 1, VAN HET EG-VERDRAG*

(116) Ingevolge artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag zijn behoudens de afwijkingen waarin het Verdrag voorziet, steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

1.1. STAATSMIDDELEN

(117) Met het nemen van een derdenbelang heeft de deelstaat Hessen besloten tot een vorm van kapitaalinbreng die er in beginsel op neerkwam dat een stimuleringskapitaal van de overheid werd overgedragen aan Helaba om haar eigen vermogen te versterken en daarnaast extra inkomsten te verkrijgen. Afgezien van het feit dat de uit deze leningen terugvloeiende middelen ten goede bleven komen aan het stimuleringskapitaal en daarmee het algemeen nut bleven dienen, was het kapitaal prudentieel erkend en kon Helaba het bij haar commerciële activiteiten dus inzetten als buffer. Daarmee heeft Helaba staatsmiddelen ontvangen.

1.2. BEGUNSTIGING VAN EEN BEPAALDE ONDERNEMING

(118) Om te beoordelen of de overdracht van staatsmiddelen aan een publieke onderneming deze onderneming begunstigt en de overdracht zodoende een steunmaatregel in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag kan behelzen, hanteert de Commissie het principe van de investeerder in een markteconomie. Dit principe is door het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg in een reeks rechtszaken aanvaard en nader ingevuld, met name in het WestLB-arrest, dat voor de voorliggende zaak van belang is. ([16])

a) *Principe van de investeerder in een markteconomie*

(119) Volgens dit principe is er geen sprake van een begunstiging van een onderneming wanneer middelen ter beschikking worden gesteld op voorwaarden „waarop een particuliere investeerder het aanvaardbaar zou vinden middelen ter beschikking te stellen van een vergelijkbare particuliere onderneming, aangenomen dat de investeerder onder normale omstandigheden in een vrije-markteconomie handelt". ([17]) Daarentegen is er sprake van een begunstiging in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag wanneer de afgesproken vergoeding en/of de financiële positie van de onderneming zodanig zijn dat het niet gerechtvaardigd is binnen een redelijke termijn op een normaal rendement te rekenen.

(120) Het principe van de investeerder in een markteconomie is gelijkelijk van toepassing op alle openbare ondernemingen, ongeacht of ze verlies- of winstgevend zijn. Het Gerecht van eerste aanleg heeft dit standpunt van de Commissie in zijn WestLB-arrest onderschreven. ([18])

(121) Bij de toetsing staat dan ook de vraag centraal of een investeerder in een markteconomie kapitaal dat dezelfde kenmerken heeft als het stimuleringskapitaal van de deelstaat Hessen, op dezelfde voorwaarden in Helaba had ingebracht, met name met het oog op het verwachte rendement op de investering.

b) *Juridische en economische indeling van het ingebrachte kapitaal*

(122) De deelstaat heeft op 31 december 1998 stimuleringskapitaal als derdenbelang ingebracht bestaande uit een leningenportefeuille waarvan de nominale waarde van het aandeel van de deelstaat 6,026 miljard DEM (3,081 miljard EUR) bedroeg en waarvan de contante waarde door deskundigen is vastgesteld op 2,473 miljard DEM (1,264 miljard EUR). BAKred heeft dit kapitaal, zoals hierboven vermeld, prudentieel volledig als basisvermogen erkend. Het kapitaal was echter maar voor een beperkt deel en voor een bedrag dat van jaar tot jaar schommelde, als buffer voor stimuleringsactiviteiten nodig. Dit deel van het derdenbelang had voor Helaba slechts een aansprakelijkheidsfunctie. De rest was voor Helaba goeddeels beschikbaar als buffer voor of ter uitbreiding van haar commerciële activiteiten.

(123) Overeenkomstig haar aanpak bij WestLB stelt de Commissie een passende vergoeding voor het overgedragen stimuleringskapitaal vast aan de hand van de commerciële exploitatiemogelijkheden die dit vermogen Helaba biedt.

([16]) Arrest in de gevoegde zaken T-228/99 en T-233/99.

([17]) Mededeling van de Commissie aan de lidstaten: Toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EG-Verdrag en van artikel 5 van de Richtlijn 80/723/EEG van de Commissie op openbare bedrijven in de industriesector, PB C 307 van 13.11.1993, blz. 3, punt 11. Het gaat in deze mededeling weliswaar uitdrukkelijk over de industriesector, maar het principe geldt zonder twijfel evenzeer voor alle andere economische sectoren. Wat de financiële diensten betreft, is dit bekrachtigd in een reeks besluiten van de Commissie, onder meer in de zaak Crédit Lyonnais (PB L 221 van 8.8.1998, blz. 28) en in de zaak GAN (PB L 78 van 16.3.1998, blz. 1).

([18]) WestLB-arrest, punten 206 e.v.

Zoals aangegeven, wordt voor de vaststelling van een marktconforme vergoeding in dit geval de vergoeding als leidraad genomen die investeerders in een markteconomie zouden vragen als zij een bank dergelijk eigen vermogen ter beschikking stellen.

(124) De klager stelt daarbij dat het bij het kapitaal dat aan Helaba beschikbaar is gesteld, evenals bij de overdracht van het Wfa-vermogen aan WestLB, om een investering gaat die overeenkomsten vertoont met een deelneming in aandelenkapitaal. Duitsland bestrijdt dat. Bij het kapitaal gaat het juist om een derdenbelang, hetgeen op de hoogte van de vergoeding van invloed is.

(125) Duitsland, Helaba en de klager zijn het er wel over eens dat het als derdenbelang ingebrachte stimuleringskapitaal van de deelstaat Hessen basisvermogen vormt. Zij wijzen erop dat de bestemmingsreserve door BAKred als basisvermogen (tier-1-kapitaal) is erkend en daarom alleen met eigenvermogensinstrumenten kan worden vergeleken die in Duitsland in het jaar van inbreng als basisvermogen waren erkend en die voor Helaba ten tijde van de inbreng concreet beschikbaar waren voor een investering van deze orde van grootte, die duidelijk meer dan 15 % van het basisvermogen omvatte.

(126) De Commissie is het in zoverre eens met de bij de procedure betrokken partijen. Al in haar Beschikking 2000/392/EG betreffende de zaak-WestLB uit 1999 heeft zij in overweging 199 duidelijk gemaakt dat een vergelijking van het eveneens als basisvermogen erkende WfA-vermogen met kapitaalinstrumenten, die slechts als aanvullend vermogen konden worden gebruikt, zoals winstbewijzen en preferente aandelen zonder stemrecht, niet als basis kan dienen voor de bepaling van een passende vergoeding voor het overgedragen kapitaal. Basisvermogen is voor een onderneming van groter nut omdat daarmee tot dezelfde hoogte aanvullend vermogen (bijv. winstbewijzen) kan worden aangetrokken om het eigen vermogen te vergroten. Voorwaarde voor de erkenning als basisvermogen is dat het beschikbaar gesteld kapitaal aan een verhoogd risico is blootgesteld, hetgeen ook in een hogere marktvergoeding voor deze instrumenten tot uiting komt. Een vergelijking met zogeheten aanvullend vermogen, dat maar in beperkte mate voor expansiedoeleinden kan worden ingezet, kan daarom bij voorbaat worden uitgesloten.

(127) Volgens BdB kon Helaba evenwel voor de concrete investering feitelijk alleen kiezen voor de rechtsvorm van nominaal of aandelenkapitaal. Volgens Duitsland kon daarnaast ook worden gekozen voor de rechtsvorm van een derdenbelang met onbepaalde looptijd *(perpetual)* dat voldoet aan paragraaf 10, lid 4, van de KWG en tegelijk aan de criteria van de zogeheten verklaring van Sydney die waren opgesteld door het Bazelse Comité voor het bankentoezicht van de Bank voor Internationale Betalingen en weer bepalend waren voor de besluitvorming van de Duitse toezichthouder BAKred. De deelstaat Hessen en Helaba hebben dus gekozen voor de rechtsvorm van een derdenbelang met onbepaalde looptijd, dat door de toezichthouder BAKred én door de bevoegde belastingdienst als zodanig is erkend.

(128) Naar het oordeel van de Commissie heeft Duitsland voldoende aangetoond dat de argumentatie van BdB niet steekhoudend is. Deze beweert dat er bij het derdenbelang van de deelstaat Hessen sprake is van een oneigenlijk gebruik van een „normaal" derdenbelang en dat het economisch gezien zoveel overeenkomsten met aandelenkapitaal vertoont dat een investeerder een vergoeding zou hebben geëist die bij dergelijk kapitaal past.

(129) De Commissie neemt er eerst notitie van dat het derdenbelang expliciet als zodanig is overeengekomen tussen de deelstaat Hessen en Helaba en erkend door de bevoegde Duitse autoriteiten. Voordat kan worden gesteld dat er sprake is van oneigenlijk gebruik, zou vast moeten staan dat de bevoegde Duitse autoriteiten het derdenbelang van de deelstaat Hessen ten onrechte als zodanig hebben erkend. Niets wijst daar evenwel op. De Commissie is het in zover met Duitsland eens dat een vaste looptijd of de opzegbaarheid van een derdenbelang vennootschapsrechtelijk of prudentieel gezien geen absolute voorwaarde is voor de erkenning ervan als basisvermogen in de zin van paragraaf 10, lid 4, van de KWG. Voorts meent de Commissie dat de 15 %-grens in de verklaring van Sydney van het Bazelse Comité voor het bankentoezicht alleen bedoeld is voor de erkenning van bepaalde, vooral in de tijd begrensde innovatieve kapitaalinstrumenten als basisvermogen. Omgekeerd kan daaruit evenwel niet worden geconcludeerd dat innovatieve kapitaalinstrumenten met een permanent karakter niet als basisvermogen erkend mogen worden of ook onder deze bovengrens vallen. Duitsland heeft uitgebreid aangetoond dat ook particuliere banken in de afgelopen jaren in de praktijk innovatieve kapitaalinstrumenten met een permanent karakter voor meer dan 15 % als basisvermogen hebben kunnen gebruiken.

(130) De Commissie acht ook de door BdB genoemde selectiecriteria niet steekhoudend genoeg. Risicoanalytisch gezien is het derdenbelang van de deelstaat Hessen in typologisch opzicht eerder te vergelijken met een „normaal" derdenbelang dan met aandelenkapitaal. De Commissie is het ook in dit opzicht met Duitsland eens.

(131) Voor de Commissie is in dit verband van essentieel belang dat het derdenbelang van de deelstaat Hessen én ander op de kapitaalmarkt opgenomen „normaal" kapitaal, dat wil zeggen derdenbelang met een vaste looptijd, bij insolventie vóór het aandelenkapitaal terugbetaald moeten worden en dat de investeerder dus het bij faillissement aan de schuldeisers uitgekeerde gedeelte krijgt, terwijl deze bij een deelneming in het aandelenkapitaal met lege handen blijft staan. Duitsland heeft op basis van een toegezonden juridisch rapport betoogd dat in de overeenkomst was vastgelegd dat het derdenbelang van de deelstaat Hessen tijdens de looptijd ervan bij insolventie of liquidatie, voorzover het niet door verliezen was aangetast of verloren was gegaan, uit een eventueel resterend tegoed zou worden terugbetaald, en wel vóór het aandelenkapitaal.

(132) Bovendien krijgt de deelstaat Hessen evenals een investeerder die een derdenbelang voor bepaalde duur verwerft, de

gehele vergoeding die is afgesproken, voorzover de onderneming tenminste geen verlies maakt, terwijl een investeerder die een belang verwerft in aandelenkapitaal alleen recht heeft op een dividenduitkering als winstdeling. Ook in dit opzicht is het derdenbelang van de deelstaat Hessen een typisch derdenbelang in de zin van paragraaf 10, lid 4, van de KWG.

(133) Evenmin overtuigt het BdB-bezwaar dat het derdenbelang alleen al kan worden gelijkgesteld met aandelenkapitaal omdat dit belang op lange termijn heeft geleid tot een verhoging van het basisvermogen van Helaba met bijna 50 %. Eerst moet in dit verband worden gewezen op de faseregeling die de deelstaat Hessen en Helaba zijn overeengekomen en die erop neerkomt dat Helaba in de 1999 tot en met 2002 overeenkomstig haar feitelijke kapitaalbehoefte slechts een jaarlijks stijgend deel van het als buffer te gebruiken basisvermogen daadwerkelijk als buffer voor kernactiviteiten kon inzetten. Bovendien wijst de Commissie er uitdrukkelijk op dat ook in de zaak WestLB de grote omvang van de kapitaalinbreng wel een aanwijzing vormde, maar als zodanig geen bewijs vormde dat het hier om aandelenkapitaal ging. In WestLB-beschikking 2000/392/EG en in de nieuwe beschikking van 20 oktober 2004 is de Commissie op basis van een algemene evaluatie tot de slotsom gekomen dat de te beoordelen transactie overwegend overeenkomsten vertoont met een deelneming in aandelenkapitaal. Daar is bijvoorbeeld een belangrijk aspect geweest dat het Wfa-vermogen evenals aandelenkapitaal bij insolventie of liquidatie aan het volledige verliesrisico was blootgesteld. Bovendien heeft de Commissie in de zaak WestLB er ook rekening mee gehouden dat ten tijde van de inbreng van het Wfa-vermogen in 1991, anders dan ten tijde van de plaatsing van het derdenbelang van de deelstaat Hessen bij Helaba in 1998, de markt voor hybride basisvermogensinstrumenten in Duitsland nog niet ontwikkeld was en een kredietinstelling als WestLB een vergelijkbaar bedrag aan basisvermogen op de markt alleen via aandelenkapitaal had kunnen aantrekken. In 1998 tot en met 2002 had Helaba ook probleemloos in haar geraamde kapitaalbehoefte kunnen voorzien door op de markt periodiek kleinere derdenbelangen van institutionele beleggers aan te trekken.

(134) Verder wijst BdB erop dat met het derdenbelang van de deelstaat Hessen de buffer aan aandelenkapitaal op slechts 50 % uitkwam, terwijl bij particuliere kredietinstellingen het aandeel van de hybride instrumenten in het basisvermogen minder dan 20 % en daarmee de buffer aan aandelenkapitaal meer dan 80 % bedraagt. Een institutionele belegger zou volgens BdB niet bereid zijn geweest tot een inbreng van dezelfde orde van grootte gezien het hoge aandeel ervan in het totale basisvermogen. Duitsland heeft bevestigd dat het aandeel van het derdenbelang in het basisvermogen in 2003, dus na het bereiken van de laatste fase in het faseringsmodel, [...] % en het aandeel van alle derdenbelangen (dus niet alleen het belang van de deelstaat Hessen) in datzelfde jaar [...] % bedroeg. Toch kan daaruit niet zonder meer worden afgeleid dat een institutionele belegger geen vergelijkbaar derdenbelang had genomen vanwege het hoge aandeel ervan in het totale eigen vermogen. Duitsland heeft kunnen aantonen dat deelstaatbanken doorgaans in ruimere mate, dat wil zeggen ook boven de 15 %-grens gebruikmaken van derdenbelangen als instrument om basisvermogen te verwerven, en wel voornamelijk bij de garanten van de bank zelf, maar ook van derde investeerders. Zo lag volgens Duitsland het totaal aan derdenbelangen in 2003 bij [...] ([i]) op 72 %, bij [...] ([ii]) i op 39 %, bij [...] ([iii]) ii op 33 %, bij [...] ([iv]) v op 39 % en bij [...] ([v]) op 42 % ([19]). Dit aandeel van hybride instrumenten ligt zo hoog omdat de deelstaatbanken op grond van hun publiekrechtelijke structuur geen kapitaal mogen aantrekken op de aandelenmarkten. Verder lijkt een investeerder bij een deelstaatbank eerder bereid te zijn een kleinere buffer aan aandelenkapitaal op de koop toe te nemen, omdat zo'n bank op andere werkterreinen opereert die geringere risico's meebrengen en zijn kapitaal daarmee aan een al met al geringer risico is blootgesteld. In het geval van Helaba, die zelf binnen de groep van de genoemde deelstaatbanken beschouwd kan worden als een kredietinstelling met een relatief gering risico, kan de Commissie daarom niet uitsluiten dat een institutionele belegger ondanks de buffer aan aandelenkapitaal van (niet meer dan) zo'n 50 % een vergelijkbare investering in de vorm van een derdenbelang had gedaan.

(135) Voorts heeft de Commissie diepgaand onderzocht in hoever het permanente karakter van het belang, dat wil zeggen het feit dat het van onbepaalde duur is en van de kant van de deelstaat niet opzegbaar is, van invloed is op de hier te verrichten risicoanalyse.

(136) Volgens BdB bestaan er op de kapitaalmarkt geen hybride instrumenten voor onbepaalde duur en zijn investeerders in beginsel alleen bereid tot investeringen in hybride eigenvermogensinstrumenten met een vaste looptijd of in instrumenten waarvan kan worden verwacht dat ze worden terugbetaald, omdat anders het vergoedingspercentage wordt verhoogd (zogeheten step-up) of omdat het instrument op een bepaald tijdstip in een andere beleggingsvorm wordt omgezet. Step-up-clausules zouden daarbij voor de crediteur (uitgevende instelling) een sterke economische prikkel vormen om het derdenbelang terug te betalen. Daarmee wordt een perpetual met een step-up-clausule feitelijk een instrument met een vaste looptijd. Afgezien daarvan zouden alleen particuliere investeerders beleggen in innovatieve basisvermogensinstrumenten.

(137) Daar stellen Duitsland en Helaba tegenover dat investeerders ook bij perpetuals met step-up rekening moeten houden met de mogelijkheid dat de „afgesproken" terugbetaling tegen de verwachting uitblijft op het moment dat

([i]) Vertrouwelijke informatie, hier aangeduid als bank I.

([ii]) Vertrouwelijke informatie, hier aangeduid als bank II.

([iii]) Vertrouwelijke informatie, hier aangeduid als bank III.

([iv]) Vertrouwelijke informatie, hier aangeduid als bank IV.

([v]) Vertrouwelijke informatie, hier aangeduid als bank V.

([19]) Mededeling van de Duitse regering van 1 oktober 2004, blz. 16.

de step-up-clausule van kracht wordt, en dus met het risico dat de lening een permanent karakter krijgt. Daarvoor bestaan drie redenen: ten eerste heeft alleen de crediteur (uitgevende instelling) het recht om het belang op te zeggen, ten tweede hangt de terugbetaling op het afgesproken tijdstip af van de economische situatie van de uitgevende instelling op het moment dat de step-up-clausule van kracht wordt, en ten derde moet de toezichthouder met de opzegging instemmen en wordt deze toestemming alleen verleend als de crediteur op het moment van opzegging over een prudentieel comfortabel toetsingsvermogen beschikt dan wel op de markt een vervangende transactie afsluit. Verder blijken ook institutionele beleggers te investeren in hybride instrumenten met onbepaalde looptijd en zonder step-up. Daarvoor geeft Duitsland als voorbeeld een achtergestelde lening voor onbepaalde duur van Air Canada uit 1987. Het is de Commissie gebleken dat deze lening inderdaad niet over een step-up-regeling beschikt. Verder heeft Duitsland betoogd dat bij de vergoedingen rekening wordt gehouden met opzeggingsrechten, maar dat er niet sprake is van een ruime bandbreedte.

(138) Voor de Commissie is in het kader van de beoordeling vooral van belang dat het permanente karakter van het derdenbelang in deze zaak in de eerste plaats een risico voor de investeerder is, die rentestijgingen op de markt niet kan „meenemen" omdat deze geen opzegmogelijkheid heeft, maar ook niet vast kan rekenen op een step-up. Het permanente karakter vormt evenwel geen risico bij insolventie of liquidatie. Kortom, de Commissie is op basis van de marktbeschijving van Duitsland tot het oordeel gekomen dat ook het permanente karakter van het belang geen reden is om het referentieproduct derdenbelang niet als zodanig, maar als aandelenkapitaal aan te merken. Overigens zal de Commissie later nog nagaan of vanwege het permanente karakter een opslag op de op de markt gangbare vergoeding voor een derdenbelang moet worden betaald.

(139) Al met al kan worden vastgesteld dat er geen twijfel over kan bestaan dat er bij de inbreng in het geval van Helaba juridisch sprake is van een derdenbelang dat veel meer overeenkomsten vertoont met andere derdenbelangen dan met aandelenkapitaal. Volgens de Commissie zijn er derhalve niet voldoende aanwijzingen dat er sprake is van een oneigenlijk juridisch gebruik van een derdenbelang voor een inbreng van kapitaal dat in werkelijkheid economisch gezien aandelenkapitaal vormt. Bij de vergoeding voor het desbetreffende kapitaalinstrument wordt dan ook uitgegaan van een „normaal" derdenbelang, dat wil zeggen derdenbelangen voor bepaalde duur die op de markt voorkomen en een vergelijkbare omvang hebben. Eventueel is een opslag noodzakelijk. Het BdB-betoog over een passende vergoeding voor aandelenkapitaal is derhalve niet meer van belang.

c) ***Vaststelling van de voor de vergoeding relevante kapitaalbasis***

Relevantie van de kapitaalbasis

(140) Voor de vaststelling van de relevante kapitaalbasis voor de vergoeding nemen maakt de Commissie om te beginnen een onderscheid tussen de zogenaamde expansiefunctie en de loutere aansprakelijkheidsfunctie van het als eigen vermogen beschikbaar gestelde stimuleringskapitaal voor de activiteiten van de kredietinstelling.

(141) Onder de expansiefunctie van het kapitaal wordt verstaan de uitbreiding van de commerciële mogelijkheden door middel van risicodragende activa na de prudentiële erkenning van extra eigen vermogen van een bank. Voor de vaststelling van een marktconforme vergoeding wordt uitgegaan van de vergoeding die een particuliere investeerder zou vragen indien hij een bank eigen vermogen ter beschikking zou stellen. Wanneer beschikbaar gesteld kapitaal weliswaar op de balans als eigen vermogen is opgenomen, maar prudentieel niet als eigen vermogen wordt erkend of als buffer voor stimuleringsactiviteiten dient of om andere redenen niet ter dekking van commerciële activiteiten kan worden aangewend, kan het niet voor expansiedoeleinden worden gebruikt. Kapitaal is evenwel niet alleen in prudentieel opzicht van belang. Omdat het kapitaal voor de crediteuren van de kredietinstelling als zekerheid kan dienen (aansprakelijkheidsfunctie), kan de economische functie ervan op zijn minst worden vergeleken met een borgstelling of een garantie. De omvang van het eigen vermogen op de balans geeft kapitaalverschaffers van de bank immers ook uitsluitsel over de solvabiliteit van de bank en bepaalt zodoende mede onder welke voorwaarden de bank vreemd vermogen kan aantrekken. Voor de berekening van een marktconforme vergoeding voor deze aansprakelijkheidsfunctie van het kapitaal wordt uitgegaan van de vergoeding die een particuliere garant in een concrete situatie zou verlangen van een kredietinstelling die qua grootte en risicoprofiel met Helaba te vergelijken is.

(142) Daarom moet voor de vaststelling van de vergoeding het volledig als basisvermogen erkende derdenbelang in twee onderscheiden kapitaalbases worden onderverdeeld. Voor de kapitaalbasis die als buffer voor de commerciële activiteiten van Helaba kon worden gebruikt moet een vergoeding worden betaald die een particuliere investeerder in een markteconomie voor een derdenbelang met dezelfde kenmerken in een concrete situatie redelijkerwijze zou hebben verlangd. En ook voor de kapitaalbasis die niet voor de commerciële activiteiten van Helaba kon worden gebruikt moet een vergoeding worden berekend die overeenkomt met wat een particuliere investeerder in een markteconomie in concreto redelijkerwijze zou hebben geëist.

De kapitaalbasis die als buffer voor de commerciële activiteiten van Helaba kon worden gebruikt

(143) De Commissie is in principe van mening dat het voor de vaststelling van een passende vergoeding niet van belang is in hoeverre het beschikbaar gestelde kapitaal daadwerkelijk als buffer is gebruikt. Alleen de *mogelijkheid* om het kapitaal voor expansie te gebruiken is van belang. Ook een particuliere investeerder zou geen genoegen nemen met een vergoeding die afhangt van het daadwerkelijke gebruik van zijn inbreng. In zoverre is de Commissie het in beginsel eens met het argument van BdB dat het voor een investeerder in een markteconomie, die het risico op verlies van zijn inbreng zelf draagt, niet relevant is of de kredietinstelling het ingebrachte kapitaal ook daadwerkelijk voor expansiedoeleinden gebruikt. BdB stelt terecht dat het voor investeerders in een markteconomie van doorslaggevend belang is dat zij met het ingebrachte bedrag zelf niets meer kunnen doen en daaruit geen rendement kunnen behalen. Ter illustratie kan het verhuren van een woning

worden genoemd: een verhuurder zou ook eisen dat de huur wordt betaald indien de huurder om welke reden dan ook geen gebruik maakt van de woning, omdat hij niet de mogelijkheid heeft om de woning aan een ander te verhuren en de daadwerkelijke verblijfplaats van de huurder zich overigens aan zijn controle onttrekt. Het voorwerp van de huurovereenkomst is derhalve de mogelijkheid om de woning te exploiteren.

(144) De Commissie neemt allereerst nota van het feit dat het bij het kapitaal waarover Helaba als buffer voor haar commerciële activiteiten beschikte en waarvoor contractueel een vergoeding moet worden betaald, niet van belang is of het daadwerkelijk als zodanig is gebruikt; het gaat uitsluitend om de mogelijkheid om dit vermogen ter dekking van de commerciële activiteiten te gebruiken. Wat dit aangaat voldoet de regeling aan de pas door de Commissie vastgestelde criteria.

(145) Toch kwamen de deelstaat Hessen en Helaba de boven beschreven faseringsregeling overeen. Volgens deze regeling werd het gehele stimuleringskapitaal tegen contante waarde reeds op 31 december 1998 op de balans opgenomen om opsplitsing ervan te voorkomen. Dit kon derhalve vanaf het begin grotendeels, dat wil zeggen met uitzondering van het gedeelte dat voor de dekking van het stimuleringskapitaal nodig was, de facto als buffer voor haar commerciële activiteiten dienen. Helaba maakte de deelstaat evenwel van meet af aan kenbaar dat zij overeenkomstig haar bedrijfsplan slechts geleidelijk, dat wil zeggen volgens de overeengekomen fasen, van dit kapitaal gebruik zou maken ter dekking van haar commerciële activiteiten. Binnen die fasen werd daarentegen uitgegaan van de exploitatiemogelijkheid van het kapitaal, dat wil zeggen dat de vergoeding los stond van het daadwerkelijke gebruik van het kapitaal als buffer. Dank zij dit duidelijke faseringsplan wist de deelstaat van tevoren welke kapitaalbasis voor de vergoeding werd gebruikt. De deelstaat betrok het gebruik als buffer derhalve niet in de zakelijke beoordeling van de bank, maar liet zich naar aanleiding van het begrijpelijke verzoek van Helaba overhalen tot een dergelijke regeling.

(146) De Commissie beschouwt deze handelwijze als verenigbaar met het beginsel van een investeerder in een marktconomie; een dergelijke investeerder had immers indien hij zich in de positie van de deelstaat Hessen bevond, redelijkerwijs evenmin een snellere verhoging van de kapitaalbasis voor de vergoeding kunnen afdwingen, omdat Helaba hierin gezien haar bedrijfsplan niet zou zijn meegegaan. Volgens de Commissie moeten derhalve van 1999 tot 2002 alleen de desbetreffende fasen, en pas vanaf 2003 het volledige als buffer voor de commerciële activiteiten te gebruiken bedrag van het derdenbelang worden vergoed; deze vergoeding moet in overeenstemming zijn met het bedrag dat een particuliere investeerder in een marktconomie in een concrete situatie voor een derdenbelang met dezelfde kenmerken zou hebben verlangd.

Kapitaal dat op de balans was opgenomen doch niet kon worden gebruikt voor de commerciële activiteiten van Helaba

(147) Zoals hierboven reeds is uiteengezet werd het bedrag van het derdenbelang dat niet ter dekking van de commerciële activiteiten kon worden gebruikt, eveneens op 31 december 1998 op de balans van Helaba geboekt. Dit bedrag maakte volledig deel uit van het aansprakelijk vermogen en vormde derhalve van meet af aan een garantie voor de crediteuren van de bank. Dit is een potentieel voordeel voor de bank omdat de omvang van het eigen vermogen op de balans de kapitaalverschaffers inzicht biedt in de kredietwaardigheid ervan en derhalve van invloed kan zijn op de voorwaarden waaronder de bank vreemd vermogen kan opnemen.

(148) Duitsland betoogt dat uit het feit dat Helaba het derdenbelang voor het volledige bedrag van 1 264,4 miljoen EUR onmiddellijk na de inbreng op de balans boekte, niet kan worden afgeleid dat dit een gunstige uitwerking had op haar kredietwaardigheid. Helaba is sinds het midden van de jaren tachtig wat de voor crediteuren relevante kredietwaardigheidsbeoordeling op lange termijn betreft, ingeschaald in de hoogste categorie, AAA/Aaa, met name op grond van de bestaande staatsgarantieregelingen zoals de institutionele aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid van de borg, en dus dankzij de kredietwaardigheid van haar garanten. De opneming van het derdenbelang op de balans kon deze uitstekende kredietwaardigheid van de hoogste categorie niet verder verbeteren. ([20])

(149) In antwoord op verdere vragen van de Commissie betoogt Duitsland voorts dat zelfs een beschouwing van de ratings van Moody's Investors' Service met betrekking tot de financiële positie en van de individuele ratings van Fitch voor Helaba in de relevante periode, niet uitwijst dat het derdenbelang van invloed is geweest op de beoordeling van de financiële positie van Helaba. De beide genoemde ratings lieten de bestaande staatsgarantieregelingen als de institutionele aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid van de borg evenals de eigendomsstructuren buiten beschouwing, en berustten rechtstreeks en uitsluitend op de rentabiliteit van de bank, de kwaliteit van het management, de marktpositie evenals de omvang van het eigen vermogen ([21]). De ratings bleven van 1997 tot 2000 ongewijzigd ondanks de inbreng van het derdenbelang eind 1998 (kredietwaardigheidsrating van Moody's: C+ en individuele rating van Fitch: B/C) doch verslechterden vanaf 2001 (kredietwaardigheidsrating van Moody's: C+ (neg.) respectievelijk C(neg.) en de individuele rating van Fitch: C). Dit betekent volgens Duitsland dat het derdenbelang geen invloed heeft gehad op de kredietwaardigheid van Helaba, ook indien de bestaande staatsgaranties buiten beschouwing worden gelaten ([22]).

([20]) Antwoord van Duitsland van 23 juni 2004, blz. 12.

([21]) Antwoord van Duitsland van 23 juni 2004, blz. 12, bijlage 29/2004, Fitch Ratings: Bank Rating Methodology: mei 2004, blz. 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]) Zoals reeds eerder is uiteengezet is deze situatie een gevolg van het feit dat in de relevante periode de prudentiële minimumeisen voor het basisvermogen (basisvermogen van 4,0 %, totaal kengetal of solvabiliteitsratio van 8,0 %) wel erg strikt in acht waren genomen; ten aanzien van dit aspect bestaat er een aanzienlijk onderscheid met de situatie van WestLB. Zo bedroeg in 1997, d.w.z. vóór de inbreng, overeenkomstig beginsel I bij paragraaf 10a van de KWG het kengetal van het basisvermogen voor het Helaba-concern circa 4,8 % en voor Helaba afzonderlijk circa 5,0 %. Overeenkomstig de beginselen van de Bank voor Internationale Betalingen lag het basisvermogen (Tier I) in 1997 rond de 5,4 %. Het totale kengetal of de solvabiliteitsratio bedroeg in 1997 8,9 % resp. 9,6 % voor het concern en 9,2 % voor de individuele bank. Ook in het licht van de voor de volgende jaren door Helaba voorgenomen uitbreiding van de activiteiten bestond er geen directe noodzaak om voor een bedrag van 1 264,4 miljoen EUR basisvermogen op te nemen.

(150) De Commissie kan de argumenten van Duitsland niet onderschrijven. De uiteenzettingen van Duitsland met betrekking tot de kredietwaardigheidsbeoordeling en de individuele rating wijzen er veeleer op dat het eigen vermogen waarover een financiële instelling beschikt juist een belangrijk argument is voor de kwaliteit van een rating en derhalve ook voor de kredietwaardigheid. Vóór de transactie, d.w.z. toen de deelstaat Hessen en Helaba overeenkwamen het derdenbelang over te dragen, moeten beide partijen van de veronderstelling zijn uitgegaan dat de boeking van basisvermogen voor een bedrag van circa 1,2 miljard EUR waarschijnlijk de kredietwaardigheid van de bank verder zou verbeteren. De door Duitsland genoemde ratings tonen aan dat een verdere verbetering zeker mogelijk was, aangezien de hoogste categorie bij lange na nog niet was bereikt. Het feit dat de kredietwaardigheidsrating achteraf geen wijzigingen onderging, betekent niet zonder meer dat de kredietwaardigheidsbeoordeling niet positief werd beïnvloed. Immers, de positieve invloed van een aanmerkelijke uitbreiding van het basisvermogen kan heel wel hebben verhinderd dat de kredietwaardigheidsrating eventueel om andere redenen, of sneller thans het geval was (d.w.z. pas vanaf 2001), daalde.

(151) De Commissie kent bij de inschatting van het potentiële, vooraf te beoordelen effect van een maatregel op de kredietwaardigheid van een bank en/of op de toekomstige financieringsvoorwaarden, een autonome betekenis toe aan de kredietwaardigheidsrating van een deelstaatbank, naast de langetermijnbeoordeling op basis van de bestaande staatsgarantieregelingen inzake de institutionele aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid van de borg.

(152) Wat de toekomstige inbreng van vreemd kapitaal betreft kreeg Helaba in 1998 en daaropvolgende jaren de best mogelijke ratings, AAA/Aaa, op grond van de institutionele aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid van de borg. Voor zover de Commissie bekend is en zoals door Duitsland zelf wordt beweerd variëren of schommelen de concrete herfinancieringskosten van een bank, ook in vergelijking met andere banken met dezelfde rating, binnen een bepaalde bandbreedte en bij een gegeven ratingcategorie. Het is met andere woorden niet zo dat een bepaalde rating op lange termijn, zoals in dit geval AAA/Aaa, met volledige zekerheid en zonder uitzondering voor alle banken met dezelfde rating en in de loop van de tijd dezelfde herfinancieringskosten met zich brengt. Uit deze empirische waarneming kan worden opgemaakt dat er ook andere factoren, zoals de financiële positie van Helaba in verhouding tot andere deelstaatbanken met dezelfde langetermijnrating op basis van de institutionele aansprakelijkheid en aansprakelijkheid van de borg, een rol spelen. Hoe beter de financiële positie van Helaba, des te groter is de kans dat zij binnen de ratingcategorie AAA/Aaa bij concrete onderhandelingen over herfinancieringscondities, voorwaarden kan bedingen die in het gunstige segment van de bandbreedte voor AAA/Aaa ratings liggen. Bovendien wordt haar afhankelijkheid van de kredietbeoordeling van haar garanten minder groot, met andere woorden, bij een eventuele verslechtering van haar rating zou Helaba haar individuele financiële positie kunnen gebruiken om haar gunstige herfinancieringsvoorwaarden te verdedigen.

(153) Wat de opname van extra eigen vermogen betreft welke in 2001 plaatsvond in de vorm van de inbreng van derdenbelang, zij opgemerkt dat een hogere, op de balans opgenomen buffer de kans dat dit nieuwe vermogen in geval van een faillissement verloren gaat reduceert, mits het oude en het nieuwe vermogen van gelijke rang zijn. Duitsland beweert dat bij derdenbelangen over het algemeen sprake is van een gelijke rangorde. Daarom kon in 1998 niet worden uitgesloten dat nieuwe kapitaalverschaffers een dergelijke gelijke rangorde zouden kunnen eisen.

(154) Voorts betoogde Duitsland in antwoord op een vraag van de Commissie dat derdenbelangen in de zin van paragraaf 10, lid 4, van de KWG niet onder het toepassingsgebied van de „institutionele aansprakelijkheid" en de „aansprakelijkheid van de borg" vallen. Dit vloeit rechtstreeks voort uit de bij overeenkomst vastgelegde verliesparticipatie als voorwaarde voor de erkenning als aansprakelijk vermogen. Daardoor kan de investeerder niet als schuldeiser van de bank worden aangemerkt en valt hij niet onder de „aansprakelijkheid van de borg". Hij profiteert evenmin van de „institutionele aansprakelijkheid", omdat die regeling slechts de verplichting omvat de economische basis van de instelling te waarborgen en de benodigde middelen ter beschikking te stellen voor de voortzetting van een normale bedrijfsuitoefening. Dit sluit de deelname van derden aan het verlies geenszins uit. Verliezen zijn in principe mogelijk totdat het aansprakelijk vermogen is uitgeput. Dit betekent dat de belangen van de inbrenger van een derdenbelang niet worden beschermd door de tussenkomst van de desbetreffende instantie op grond van de institutionele aansprakelijkheid. Aangezien verschaffers van eigen vermogen niet onder de bescherming van de regeling inzake „institutionele aansprakelijkheid" dan wel „aansprakelijkheid van de borg" vallen, heeft de grotere of gelijkgebleven kredietwaardigheid van Helaba vanaf 1998 volgens de Commissie een positieve invloed op de voorwaarden waaronder Helaba na dat jaar eigen vermogen, zoals derdenbelang, kon opnemen.

(155) De Commissie concludeert dat de aanzienlijke verbetering van het prudentiële basisvermogen die dankzij de onmiddellijke boeking van het derdenbelang in 1998 tot stand kwam, zeker achteraf beschouwd van beslissend belang kan zijn geweest voor de beoordeling van de individuele kredietwaardigheid en de toekomstige financieringsvoorwaarden, en derhalve een voordeel voor Helaba inhield, los van de vraag of dit bedrag ter dekking van commerciële activiteiten werd gebruikt. Een particuliere investeerder in een markteconomie zou, indien het gehele door hem ingebrachte vermogen onmiddellijk op de balans werd geboekt en aldus ingeval van faillissement volledig aan een verliesrisico was blootgesteld, een vergoeding hebben geëist waarin dit verliesrisico naar behoren zou zijn verdisconteerd. Anderzijds zou Helaba op grond van het potentiële voordeel, waarvan de daadwerkelijke verwezenlijking afhing van toekomstige ontwikkelingen die in 1998 nog niet volledig te voorzien waren, met een vergoeding akkoord zijn gegaan. De Commissie sluit zich derhalve op dit punt zowel principieel als feitelijk aan bij de bezwaren van BdB.

d) ***Passende vergoeding voor het overgedragen kapitaal en vergelijking met de daadwerkelijk betaalde vergoeding***

(1) *Beoordeling van de marktconformiteit van de vergoeding die voor het ter dekking van de commerciële activiteiten te gebruiken kapitaal werd overeengekomen*

(aa) Inleiding

(156) Zoals reeds is uiteengezet beschouwt de Commissie de door de deelstaat Hessen en Helaba overeengekomen kapitaalmaatregel als een derdenbelang. Derhalve is het voor het onderzoek naar de marktconformiteit van de concreet overeengekomen vergoeding van belang om na te gaan of deze vergoeding zich binnen de bandbreedte bevindt van marktconforme vergoedingen voor in economisch en juridisch opzicht vergelijkbare transacties met derdenbelangen.

(157) Volgens Duitsland moet bij een vergelijking van de markt voor derdenbelangen van de deelstaat Hessen worden gerekend met een effect van de bedrijfsbelasting van 0,26 % per jaar voor het derdenbelang van Helaba. Over de vergoeding van 1,4 % moet Helaba ook nog bedrijfsbelasting betalen waaraan de deelstaat Hessen niet is onderworpen, zodat de totale belasting 1,66 % per jaar (vóór belastingen) bedraagt. Commerciële investeerders in Duitsland betalen bedrijfsbelasting op dividend uit derdenbelangen. De deelstaat is echter niet aan bedrijfsbelasting onderworpen. In plaats daarvan moet Helaba de bedrijfsbelasting over de vergoeding van het derdenbelang betalen. Een institutionele belegger in een markteconomie zou derhalve een hogere vergoeding hebben verlangd dan de deelstaat, om de extra last in de vorm van bedrijfsbelasting te compenseren. Omgekeerd zou Helaba zeker bereid zijn geweest de vergoedingsopslag aan de investeerder te betalen, omdat het voor haar niets uitmaakt of zij de opslag als vergoeding aan de investeerder of als bedrijfsbelasting aan het ministerie van financiën betaalt.

(158) Het argument van BdB dat de bedrijfsbelasting, die trouwens voor het grootste deel niet aan de deelstaat maar aan de gemeente moet worden afgedragen, geen onderdeel van de vergoeding vormt, doch een wettelijk opgelegde belasting is die los van de intenties van de partijen met een feitelijke situatie verband houdt, wordt op zich door de Commissie onderschreven. BdB laat echter na erop te wijzen dat het er bij de marktvergelijking niet om gaat of de bedrijfsbelasting al of niet een onderdeel vormt van de vergoeding. Wel is het van belang de bijzondere situatie in aanmerking te nemen waarin Helaba zich ten tijde van de ontvangst van het derdenbelang van de deelstaat bevond, en in het kader van de aanstaande marktvergelijking met name rekening te houden met het feit dat van de desbetreffende belasting geen sprake zou zijn geweest indien het derdenbelang door commerciële investeerders zou zijn ingebracht.

(159) Kortom, de Commissie is het met Duitsland eens dat in het kader van de marktvergelijking de door Helaba te betalen bedrijfsbelasting van 0,26 % per jaar bij de vergoeding van 1,40 % per jaar moet worden opgeteld, hetgeen een totale belasting van 1,66 % per jaar oplevert. De bedrijfsbelasting moet daarbij volgens Duitsland naar rato over beide vergoedingscomponenten worden verdeeld, namelijk 0,23 % per jaar voor de overeengekomen basisvergoeding van 1,2 % per jaar en 0,03 % voor de overeengekomen vaste opslag van 0,2 %. In het kader van de marktvergelijking moet derhalve voor de basisvergoeding een percentage van 1,43 % per jaar, en voor de opslag in verband met het permanente karakter een percentage van 0,23 % per jaar in aanmerking worden genomen.

(bb) Markconformiteit van de overeengekomen basisvergoeding van 1,2 % per jaar (het voor de marktvergelijking in aanmerking te nemen percentage van 1,43 % per jaar met inachtneming van de bedrijfsbelasting)

(160) De basisvergoeding voor het hier onderzochte derdenbelang moet, uitgaande van de door de deelstaat en Helaba toegepaste methodiek, worden vastgesteld aan de hand van termijngebonden, doch overigens vergelijkbare derdenbelangen. De passende vergoeding voor de onbepaalde duur van het derdenbelang van de deelstaat zal in het kader van een opslag op deze basisvergoeding afzonderlijk worden onderzocht onder punt bb).

(161) Duitsland heeft uitvoerige gegevens overgelegd met betrekking tot vergoedingen voor looptijdgebonden derdenbelangen rond de datum waarop de inbreng plaatsvond, eind 1998, en daarna.

(162) Volgens Duitsland moet bij het vergelijken van opslagbedragen voor derdenbelangen een onderscheid worden gemaakt naar referentierentevoet. Indien de vergoedingsopslag bij een variabele vergoeding, gebaseerd is op de (variabele) geldmarktrente op de interbancaire markt (Libor of Euribor), dat wil zeggen de herfinancieringsrente voor eersteklas bankcliënten, dan komt die opslag overeen met die van de aansprakelijkheidsvergoeding voor het derdenbelang zonder dat verdere aanpassing nodig is. Indien de vergoedingsopslag evenwel ingeval van een vaste vergoeding gebaseerd is op de (vaste) obligatiemarktrente (meestal het rendement op staatsleningen met een restlooptijd van tien jaar), dan wordt de vergoedingsopslag samengesteld uit de (algemene) herfinancieringsopslag van de bank ten opzichte van de staat ter verkrijging van liquide middelen en de specifieke aansprakelijkheidsvergoeding voor derdenbelang. Om de aansprakelijkheidsvergoeding met andere geldmarktgerelateerde aansprakelijkheidsvergoedingen te kunnen vergelijken moet derhalve in dit geval de herfinancieringsopslag van de vergoedingsopslag worden afgetrokken. Bij niet-monetaire inbreng, zoals in het geval van het derdenbelang van de deelstaat Hessen, komt de opslag op de vergoeding, net als bij geldmarktinstrumenten met een variabele rente, gewoonlijk overeen met de aansprakelijkheidsvergoeding.

(163) Dit betekent dat de vergoeding voor het derdenbelang van de deelstaat Hessen als niet-monetaire inbreng rechtstreeks

kan worden vergeleken met de opslag op vergoedingen voor geldmarktinstrumenten (dat wil zeggen met inbegrip van algemene vergoedingen met variabele rente), omdat deze overeenkomen met aansprakelijkheidsvergoedingen. In vergelijking met aan obligatiemarktinstrumenten gerelateerde algemene vergoedingen moet de herfinancieringsopslag (in principe circa 20 à 40 basispunten, afgezien van kortstondige afwijkingen naar boven of naar beneden in de relevante periode, volgens door Duitsland verstrekte inlichtingen ([23]) hiervan worden afgetrokken om de specifieke aansprakelijkheidsvergoeding voor het derdenbelang te berekenen.

(164) Op basis van de inlichtingen van Duitsland voert de Commissie de marktvergelijking uit op basis van de in het volgende overzicht weergegeven vergelijkende transacties waarvan de deelstaat Hessen en Helaba ten tijde van de transactie eind 1998 op de hoogte waren of die enkele maanden later plaatsvonden toen, gezien het geringe tijdsverschil, nog inzicht mogelijk was in de eind 1998 heersende marktvoorwaarden.

Relevante vergelijkende transacties ([24])						
Beschrijving van de transactie	Volume	Loop-tijd	Krediet-waardigheids/-product-rating	Opslag op de vergoeding per jaar (in basispunten)	Referentierente en eventueel correctie ([25]) van de opslag op de vergoeding door aftrek van de herfinancierings-opslag	Voor de vergelijking relevante aansprakelijkheids-vergoeding
Inbreng van derdenbelang van spaarbanken in Hessen en Thüringen in Helaba, december 1997	300 mil-joen DEM	10 jaar	KR: Aaa/AAA (wegens staats-garanties) PR: ?	1,2 %	Staatsleningen met een looptijd van 10 jaar (correctie door aftrek van 20 à 40 bp)	80-100 bp
Vastrentende USD-tranche van derdenbelang in Deutsche Bank, januari 1998	1e tranche van 700 mil-joen USD	10 jaar	KR: AAA/Aa1 PR: AA-	80 bp	12-maands-Libor (geen correctie)	80 bp
Variabel rentende USD-tranche van derdenbelang in de Deutsche Bank, januari 1998	2e tranche van 700 mil-joen USD	10 jaar	KR: AAA/Aa1 PR: AA-	140 bp	Amerikaans schatkistpapier met een looptijd van 10 jaar (correctie door aftrek van 65 bp ([26])	75 bp
Variabel rentend derdenbelang in SGZ-Bank, oktober 1998	50 miljoen DEM	10 jaar	KR: A1/A+ PR: ?	120 bp	12-maands-Libor (geen correctie)	120 bp

([23]) Zie opmerkingen van Duitsland van 9 april 2003, bijlagen 15-16. De door Duitsland verstrekte gegevens hebben betrekking op de herfinancieringsopslag voor euro-bankobligaties tegenover Duitse staatsleningen evenals de herfinancieringsopslag voor bankobligaties (10-jarige pandbrieven) tegenover Duitse staatsleningen. Bij gebrek aan gegevens over de dienovereenkomstige herfinancieringsopslag ten opzichte van Amerikaans schatkistpapier en gezien de principiële economische vergelijkbaarheid gebruikt de Commissie de genoemde bandbreedte voor herfinancieringsopslagbedragen ook voor Amerikaans schatkistpapier, omdat het immers niet om exacte getallen gaat, maar om de orde van grootte met het oog op de berekening van de bandbreedte voor de relevante aansprakelijkheidsvergoeding.

Relevante vergelijkende transacties ([24])						
Beschrijving van de transactie	Volume	Loop-tijd	Krediet-waardigheids/-product-rating	Opslag op de vergoeding per jaar (in basispunten)	Referentierente en eventueel correctie ([25]) van de opslag op de vergoeding door aftrek van de herfinancierings-opslag	Voor de vergelijking relevante aansprakelijkheids-vergoeding
Derdenbelang in HypoVereinsbank, december 1998	1e tranche van 1,2 miljard DEM ([27])	10 jaar	KR: Aa2, Aa3/AA- PR: A2	160 bp	DEM-Libor (geen correctie)	160 bp
Euro-tranche van derdenbelang in Dresdner Bank, mei 1999	500 mil-joen EUR	12 jaar	KR: Aa1/AA PR: Aa2; A+	165 bp	Duitse staatslening met een looptijd van 10 jaar (correctie door aftrek van 20 à 40 bp)	125-145 bp
USD-tranche van derdenbelang in Dresdner Bank, mei 1999	1 miljard USD	32 jaar	KR: Aa1/AA PR: Aa2; A+	215 bp	Amerikaans schatkistpapier met een looptijd van 30 jaar (correctie door aftrek van 65 bp ([28])	150 bp
Derdenbelang in HypoVereinsbank, mei 1999	500 mil-joen EUR	12 jaar	KR: Aa2, Aa3/AA- PR: ?	125 bp	12-maands-Euribor (geen correctie)	125 bp
Euro-tranche van perpetual in Deutsche Bank, juli 1999	500 mil-joen EUR	Eeuwig-durend	KR: Aa3/AA PR: A1	Totaal 6,6 % (komt overeen met 115 bp)	Komt overeen met een Duitse staatslening met een looptijd van 30 jaar (correctie door aftrek van 20 à 40 bp)	75-95 bp
USD-tranche van perpetual in Deutsche Bank, juli 1999	200 mil-joen USD	Eeuwig durend	KR: Aa3/AA PR: A1	Totaal 7,75 % (komt overeen met 160 bp)	Komt overeen met Amerikaans schatkistpapier met een looptijd van 30 jaar (correctie door aftrek van 65 bp)	95 bp

([24]) Zie vooral opmerkingen van Duitsland van 9 april 2003, bijlagen 2-4, 8-12, 17-18.

([25]) Correctie door middel van aftrek door de Commissie voorgenomen op basis van de door Duitsland verstrekte gegevens.

([26]) Herfinancieringsopslag ten opzichte van Amerikaans schatkistpapier met gelijke looptijd, zie opmerkingen van Duitsland van 9 april 2003, blz. 27.

([27]) 2e tranche vastrentend, maar gelijke voorwaarden.

([28]) Herfinancieringsopslag ten opzichte van Amerikaans schatkistpapier met dezelfde looptijd, zie opmerkingen van Duitsland van 9 april 2003, blz. 27.

(165) Uit de tabel blijkt dat er een bandbreedte van voor de marktvergelijking relevante aansprakelijksvergoedingen bestond van 0,75 % tot 1,6 % per jaar. Deze uitkomst wordt onderschreven door een overzicht van Investmentbank [...] dat door Duitsland is voorgelegd en waarin de ontwikkeling wordt weergegeven van de aansprakelijkheidsvergoedingen van in euro luidende, tot het basisvermogen behorende hybride kapitaalinstrumenten van december 2001 tot juli 2004 ([29]). Volgens dit overzicht beweegt de gemiddelde aansprakelijksheidsvergoeding zich (als opslag op Libor) voor alle ratingcategorieën in deze periode, binnen een bandbreedte van 2,25 % per jaar (kortstondig rond de jaarwisseling 2002/2003) als bovengrens tot circa 0,8 % per jaar (in 2004) als ondergrens, met een gemiddelde waarde voor de desbetreffende periode van krap 1,5 % per jaar. De waarde voor kredietinstellingen met een rating van A of hoger ligt daar volgens dit overzicht met circa 10 à 20 basispunten onder, en de waarde voor kredietinstellingen met een rating van BAA beloopt tussen 10 en circa 250 basispunten — het (kortstondige) hoogtepunt in het voorjaar van 2003 — daarboven.

(166) De Commissie is zich ervan bewust dat de in de tabel weergegeven marktvergoedingen voor een methodische aanpak slechts een zeer globaal aanknopingspunt vormen. De transacties lopen in allerlei opzichten uiteen, met name wat de ratings van de genoemde financiële instellingen, de volumes en de referentierentevoeten betreft. Deze factoren hebben een belangrijke invloed op de prijsvorming en deze invloed moet dan ook aan de hand van een verder marktonderzoek op basis van een zuivere methode worden gekwantificeerd.

(167) Voor de beoordeling van de marktconformiteit van het derdenbelang van de deelstaat Hessen in het licht van de staatssteunregels is volgens de Commissie een dergelijk meer diepgaand marktonderzoek echter niet nodig. Het is voldoende wanneer de Commissie zich er op grond van trendmatige gegevens van kan vergewissen dat de overeengekomen vergoeding binnen de voor de markt geldende bandbreedte ligt.

(168) Zo kan worden geconstateerd dat de genoemde vergelijkende transacties qua volume binnen een bandbreedte liggen van minder dan 50 miljoen DEM (ca. 25 miljoen EUR) tot circa 1 miljard USD (naargelang van de wisselkoers ca. 1 miljard EUR). Het volume van het derdenbelang van de deelstaat ligt hier met 1,2 miljard EUR iets boven. De Commissie is het echter met Duitsland eens dat het derdenbelang van de deelstaat Hessen op grond van het hierboven weergegeven faseringsmodel kan worden vergeleken met een reeks van vier kleinere derdenbelangen ten bedrage van circa 150 miljoen EUR en 300 miljoen EUR. Helaba was niet afhankelijk van de onmiddellijke inbreng van een zo groot bedrag, maar beschikte wel over de mogelijkheid overeenkomstig haar bedrijfsplan gefaseerd derdenbelangen van deze omvang op de markt op te nemen. De Commissie stelt vast dat vooral Duitsland erbij gebaat was de derdenbelangen van meet af aan in hun geheel aan Helaba over te dragen: nu behoefde het stimuleringskapitaal niet te worden opgesplitst.

(169) Anderzijds is de inbreng van het derdenbelang van de deelstaat Hessen, ook als dit als een reeks van verschillende derdenbelangen wordt opgevat, het aandeel van derdenbelangen in het basisvermogen van Helaba met circa [...] % toegenomen. Dit is volgens Duitsland een aanzienlijk sterkere toename dan die welke gewoonlijk met betrekking tot hybride basisvermogensinstrumenten bij particuliere banken kan worden waargenomen ([30]). De Commissie gaat ervan uit dat een particuliere kapitaalverschaffer trendmatig een des te hogere vergoeding zou verlangen naarmate het aandeel van het hybride basisvermogen ten opzichte van het aandelenkapitaal groter is, omdat daarmee de waarschijnlijkheid toeneemt dat een beroep zal worden gedaan op derdenbelang in plaats van aandelenkapitaal wanneer de desbetreffende bank in moeilijkheden raakt. Duitsland bestrijdt dit met het argument dat derdenbelangen onderling over het algemeen dezelfde rangorde hebben en niet preferent zijn boven later opgenomen derdenbelangen. Volgens de Commissie is er echter, los van de aansprakelijkheidsverhouding van de derdenbelangen onderling, ook sprake van een groot risico omdat wanneer het aandeel van derdenbelangen in het basisvermogen toeneemt, noodzakelijkerwijs de risicodragende activa van de bank een grotere dekking door derdenbelangen vereisen; hiermee neemt de „buffer"-werking van het aandelenkapitaal af en stijgt de kans dat het in geval van verliezen wordt aangesproken of dat het ingeval van een verbetering van de resultaten minder snel wordt aangevuld. Duitsland merkt hierover op dat uit marktgegevens niet kan worden opgemaakt dat investeerders van derdenbelangen in ondernemingen met een reeds vrij hoog percentage derdenbelangen ook een hogere aansprakelijkheidsvergoeding eisen. De Commissie neemt nota van dit standpunt en meent dat een methodologisch zuivere kwantificering van een dergelijke opslag in het kader van deze beschikking niet uitvoerbaar is. Zij beschouwt dit echter toch als een aanwijzing dat een particuliere investeerder in een marteconomie ten minste een vergoeding in het onderste gedeelte van de bandbreedte niet zou hebben geaccepteerd.

(170) De Commissie is, in tegenstelling tot Duitsland, van mening dat de best mogelijke rating die Helaba eind 1998 dankzij de staatsgaranties „institutionele aansprakelijkheid" en „aansprakelijkheid van de borg" had (AAA/Aaa), niet relevant is voor het onderzoek naar de vergoeding voor het derdenbelang. Zoals hierboven wordt verduidelijkt worden de vermogensbelangen van de inbrenger van het derdenbelang geenszins door een tussenkomst van de verantwoordelijke instantie op grond van de institutionele-aansprakelijkheidsregeling beschermd.

([29]) Antwoord van Duitsland van 23 augustus 2004, bijlage 6.

([30]) Antwoord van Duitsland van 23 augustus 2004, blz. 11-12. Bij de daarin genoemde [...] particuliere banken van Duitsland, [...], [...] en [...], steeg dit aandeel van circa 5 % in 1998 tot 20 à 30 % in 2003. Het aandeel van Helaba ligt volgens Duitsland binnen de voor deelstaatbanken gangbare bandbreedte van 33 tot 72 %.

(171) De Commissie concludeert ook wat dit betreft dat de op de regelingen inzake de institutionele aansprakelijkheid en de aansprakelijkheid van de borg gebaseerde rating niet als indicatie kan worden beschouwd voor het risico dat een investeerder loopt. Volgens de Commissie is hiervoor veeleer de rating op lange termijn zonder staatsgaranties van belang. Duitsland betoogt in dit verband dat een dergelijke rating eind 1998 niet kon worden vastgesteld omdat een dergelijke kredietbeoordelingsmethode voor alle deelstaatbanken pas na de overeenkomsten over de afschaffing van de staatsgaranties was ontwikkeld, dat wil zeggen na 2001 of 2002. In het kader van de onderhavige beschikki neemt de Commissie derhalve aan dat een particuliere investeerder in een markteconomie ten aanzien van Helaba van ongeveer hetzelfde verliesrisico zou zijn uitgegaan als bij een investering in een van de voor de marktvergelijking genoemde particuliere grote banken, die grotendeels een A-status hebben, en niet van een verminderd risico op grond van de hoogste AAA-rating. Derhalve lijkt een vermindering van de passende vergoedingsopslag in het licht van de marktvergelijkingsgegevens niet terecht; deze kunnen beter rechtstreeks worden gebruikt.

(172) Om de hierboven uiteengezette redenen zou de Commissie een vergoeding voor het derdenbelang van de deelstaat Hessen in het onderste segment van bandbreedte niet als marktconform beschouwen. Binnen de vastgestelde bandbreedte voor de aansprakelijkheidsvergoeding voor derdenbelangen van 0,75 % tot 1,6 %, ligt de relevante vergoeding van derdenbelangen in de deelstaat Hessen met 1,43 % (rekening houdende met de bedrijfsbelasting) in het hogere segment. Daarom ziet de Commissie wat de basisvergoeding betreft geen aanleiding voor een begunstiging van Helaba en derhalve voor de toekenning van staatssteun.

(cc) Markconformiteit van de overeengekomen permanente opslag van 0,2 % per jaar (voor een marktvergelijking relevant percentage van 0,23 % per jaar minus bedrijfsbelasting)

(173) Het door de deelstaat Hessen ingebrachte derdenbelang heeft een onbeperkte looptijd en is volgens internationale terminologie een *perpetual*. Daarmee onderscheidt het zich van de meeste andere door Duitsland ter vergelijking genoemde transacties die reeds in de jaren negentig gebruikelijk waren en die in de regel een looptijd van 10 of 12 jaar hebben.

(174) Door de onbepaalde duur neemt, in de ogen van een objectieve investeerder, het debiteurenrisico en het renterisico toe, hetgeen door een opslag moet worden gecompenseerd; het renterisico speelt in het onderhavige geval geen rol omdat geen liquide middelen ter beschikking worden gesteld. Verder zijn de mogelijkheden van de deelstaat om over het overgedragen vermogen te beschikken beperkter dan het geval zou zijn geweest indien de overdracht aan een bepaalde looptijd zou zijn gebonden ([31]). De onbepaalde duur van het derdenbelang levert Helaba anderzijds een grotere economische waarde op, omdat dit, boven de voornoemde grens van 15 %, als basisvermogen kan worden erkend en in dit geval ook daadwerkelijk erkend is. Dit wordt in de bovenvermelde verklaring van Sydney van het Bazelse Comité voor het bankentoezicht duidelijk gesteld.

(175) Om deze redenen zijn de deelstaat Hessen en Helaba een verdere opslag op de basisvergoeding, de zogenaamde permanente opslag, van 0,2 % per jaar overeengekomen. Rekening houdend met het hierboven toegelichte effect van de bedrijfsbelasting neemt het voor de marktvergelijking relevante percentage toe tot 0,23 % per jaar.

(176) Bij de beoordeling of dit percentage van 0,23 % per jaar verenigbaar is met het beginsel van de investeerder in een markteconomie kan de Commissie zich niet of slechts in heel beperkte mate baseren op marktgegevens uit de periode van de transactie. Volgens Duitsland waren Helaba en de deelstaat bij de opzet van de transactie, waarbij zij trachtten om in overleg met de bevoegde autoriteiten op het gebied van banktoezicht en belastingen het volledige bedrag van het derdenbelang boven de grens van 15 % te doen erkennen, in zekere zin marktpioniers. De desbetreffende transactie was volgens Duitsland kennelijk de eerste transactie van deze aard. De partners bij de overeenkomst beschikten eind 1998 nog niet over vergelijkende gegevens inzake de marktconformiteit van de permanente opslag, omdat zich in de periode tussen de verklaring van Sydney van 28 oktober 1998 en 1 december 1998 geen transparante markt voor permanente derdenbelangen kon ontwikkelen.

(177) De Commissie merkt allereerst op dat het een openbare investeerder of openbare bank niet kan worden verboden zich als marktpionier te gedragen. Integendeel, een marktpionier moet bij de vastlegging van de voorwaarden zelfs een grotere beoordelingsruimte worden gelaten dan aan reeds op de markt gevestigde instellingen die de relevante bandbreedte bepalen op grond waarvan de marktvergelijking moet worden uitgevoerd. De Commissie kan derhalve in ieder geval nagaan of bij de vaststelling van de permanente opslag in economisch opzicht duidelijk beoordelingsfouten zijn gemaakt en dus misschien op verkeerde overwegingen gebaseerd was.

(178) Voor dit onderzoek moeten derhalve als subsidiair middel marktgegevens uit een latere periode worden geraadpleegd. Volgens de Commissie is er geen reden om aan te nemen dat een opslag voor de onbepaalde duur van een derdenbelang in de loop van de tijd sterk verandert. Op

([31]) Dit houdt niet automatisch in dat de deelstaat zich „eeuwig" met Helaba heeft verbonden of nooit meer over de in het derdenbelang opgenomen middelen kan beschikken. Het is eerder zo dat de deelstaat zijn uit het derdenbelang voortvloeiende rechten — althans met toestemming van Helaba — tegen een vergoeding aan een derde kan overdragen. De fungibiliteit van het derdenbelang wordt daarmee niet noodzakelijkerwijze tot nul gereduceerd.

de markt kunnen geen speciale gegevens over de hoogte van de permanente opslag worden gevonden. Het is veeleer zo dat het instrument van de *perpetual*, waartoe ook het derdenbelang met onbepaalde looptijd behoort, zich sinds de verklaring van Sydney van oktober 1998, maar in het bijzonder vanaf 1999, op de markt heeft ontwikkeld.

(179) Duitsland heeft derhalve voor de uitvoering van de (subsidiair achteraf plaatsgevonden) marktvergelijking geen afzonderlijke gegevens voorgelegd over het niveau van een passende permanente opslag, maar wel gegevens over de algemene marktprijzen van *perpetuals* of derdenbelangen van onbepaalde duur sinds 1999 (op de markt geldt ook een inbreng met een looptijd van 30 jaar of meer als eeuwigdurend). Deze gegevens worden in de volgende tabel weergegeven, waarbij de reeds in de vorige tabel opgesomde *perpetuals* uit 1999 volledigheidshalve nogmaals worden vermeld:

Relevante vergelijkende transacties ([32])

Beschrijving van de transactie	Volu-me	Loop-tijd	Krediet-waar-dig-heids/-product-rating	Opslag op de vergoe-ding per jaar (in basis-punten)	Referentierente en eventueel correctie ([33]) van de opslag op de vergoeding door aftrek van de herfinancierings-opslag	Voor de verge-lij-king rele-vante aanspra-kelijk-heidsver-goeding
USD-Tranche van derdenbelang in Dresdner Bank, mei 1999	1 mil-jard USD	32 jaar	KR: Aa1/AA PR: Aa2; A+	215 bp	Amerikaans schatkistpapier met een loop-tijd van dertig jaar (Correctie door aftrek van 65 bp ([34])	150 bp
Euro-Tranche van perpetual in Deutsche Bank, juli 1999	500 mil-joen EUR	onbe-paald	KR: Aa3/AA PR: A1	Vast 6,6 % (komt over-een met 115 bp)	Komt overeen met een staatslening met een loop-tijd van 30 jaar (Correctie door middel van aftrek van 20 à 40 bp)	75-95 bp
USD-Tranche van perpetual in Deutsche Bank, juli 1999	200 mil-joen USD	Onbe-paald	KR: Aa3/AA PR: A1	Vast 7,75 % (komt over-een met 160 bp)	Komt overeen met Ameri-kaans schat-kistpapier met een looptijd van 30 jaar (correctie door aftrek van 65 bp)	95 bp
Deutsche Bank, december 2003	300 mil-joen EUR	Onbe-paald	PR: A2/A	Vast 6,15 % (komt over-een met 99 bp voor mid-Swaps)	Komt overeen met Mid-Swaps (geen correctie)	99 bp

([32]) Zie vooral opmerkingen van Duitsland van 9 april 2003, bijlagen 2-4, 8-12, 17-18.

([33]) Correctie door aftrek, door de Commissie voorgenomen op basis van de door Duitsland verstrekte gegevens.

([34]) Herfinancieringsopslag ten opzichte van Amerikaans schatkistpapier met gelijke looptijd, zie opmerkingen van Duitsland van 9 april 2003, blz. 27.

(180) De weinige vergelijkende gegevens die bij *perpetual* worden genoemd geven geen aanleiding tot een wijziging van de bandbreedte ten opzichte van derdenbelangen met bepaalde looptijd. In theorie zou een investeerder in een markteconomie echter zonder meer een opslag verlangen voor een permanente looptijd ten opzichte van een overigens identiek, termijngebonden derdenbelang, vooral om het grotere debiteurenrisico als gevolg van de sterkere of langere binding te compenseren. Uit de overgelegde gegevens valt in ieder geval op te maken dat op de markt voor *perpetuals* niet noodzakelijkerwijs een aanzienlijk hogere aansprakelijkheidsvergoeding wordt geëist dan voor derdenbelangen met een bepaalde looptijd. Deze conclusie, die echter vanuit statistisch oogpunt door een gebrek aan voldoende vergelijkende transacties zeker niet onweerlegbaar kan worden geacht, maakt bovendien de bewering van Duitsland dat een derdenbelang door de onbepaalde looptijd niet in een ander soort kapitaalinstrument verandert, zoals BdB wel heeft beweerd, aannemelijker.

(181) Duitsland heeft een vergelijkende berekening voorgelegd van de permanente opslag bij de Euro-transactie met onbepaalde looptijd (*perpetual*) van Deutsche Bank van juli 1999 en de looptijdgebonden transactie van Dresdner Bank van mei 1999 ([35]). De *perpetual* van Deutsche Bank van juli 1999 leverde een totale vergoeding op van 6,6 % per jaar (zie bovenstaande tabel). Op 1 juli 1999 bedroeg het rendement op de secundaire markt voor staatsleningen met een looptijd van vier jaar 4,66 % per jaar, hetgeen betekent dat de vergoedingsopslag, die hieraan is gerelateerd, 1,94 % per jaar bedraagt ([36]). De euro-tranche van het 12-jarige derdenbelang van Dresdner Bank van mei 1999 werd daarentegen met 1,65 basispunten meer dan een 10-jarige staatslening vergoed. Dit is een verschil van 0,29 % per jaar, slechts iets meer dan de overeengekomen opslag van 0,20 % per jaar (0,23 % per jaar inclusief bedrijfsbelasting). Dit verschil is iets groter omdat de *perpetuals* van Deutsche Bank met een A1-rating van Moody's een slechtere rating hebben gekregen dan het door Dresdner Bank opgenomen derdenbelang van Aa2, en daarvoor derhalve een hogere vergoeding moest worden betaald.

(182) De Commissie acht deze berekening aannemelijk, ondanks het feit dat de gegevens slechts betrekking hebben op de periode 1998/1999, iets wat de deelstaat Hessen en Helaba evenwel niet kan worden verweten. Het resultaat van de vergelijkende berekening, 0,29 %, valt slechts iets hoger uit dan de door de deelstaat en Helaba overeengekomen permanente opslag van 0,23 %. Bovendien vloeit althans een deel van het verschil voort uit een uiteenlopende productrating, die indien een derdenbelang van Helaba met bepaalde looptijd zou worden vergeleken met een derdenbelang met onbepaalde looptijd in het licht van de identiteit van de emittent, kleiner zou uitvallen.

(183) Gezien het bovenstaande beschikt de Commissie niet over aanwijzingen dat het voor de permanente opslag relevante cijfer van 0,23 % per jaar onder de op de markt geldende bandbreedte ligt en daarmee een begunstiging van Helaba en derhalve staatssteun inhoudt.

(dd) Behoorlijke inaanmerkingneming van de liquiditeitsnadelen

(184) De argumenten van Duitsland, Helaba en BdB over de liquiditeitsnadelen, die met elkaar in overeenstemming zijn, zijn aanvaardbaar omdat een „normale" inbreng van kapitaal een bank zowel liquiditeit als eigen vermogen verschaft, welke om prudentiële redenen noodzakelijk is voor de uitbreiding van haar activiteiten. Om het kapitaal ten volle te benutten, dat wil zeggen om haar met een risicogewicht van 100 % gewogen activa met een factor 12,5 uit te breiden (100 gedeeld door de solvabiliteitsratio van 8 %) moet de bank zich 11,5 maal op de financiële markten herfinancieren. Simpel gezegd: het verschil tussen 12,5 maal de betaalde rente minus de overige kosten van de bank (bijvoorbeeld de administratiekosten) is gelijk aan de opbrengst van het eigen vermogen ([37]). Aangezien het derdenbelang van de deelstaat Hessen Helaba in eerste instantie geen liquiditeit verschaft — omdat het overgedragen vermogen en de totale opbrengst van het stimuleringskapitaal wettelijk voor de stimulering van de woningbouw bestemd zijn -, zou Helaba bijkomende financieringskosten moeten dragen ter hoogte van het ingebrachte kapitaal indien zij de benodigde middelen op de financiële markten zou opnemen om de commerciële mogelijkheden die het extra eigen vermogen haar biedt volledig te benutten, dat wil zeggen om de risicogewogen activa uit te breiden met het 12,5-voudige van het kapitaalbedrag (of om de bestaande activa op hetzelfde niveau te handhaven) ([38]). Vanwege deze extra kosten, die bij de inbreng van eigen vermogen in een andere vorm niet behoeven te worden gemaakt, moet bij het berekenen van de passende vergoeding een evenredig bedrag worden afgetrokken. Een particuliere investeerder in een markteconomie kan in zo'n geval niet verwachten dat hij dezelfde vergoeding ontvangt als bij de inbreng van contanten.

(185) Anders dan BdB maar net als Duitsland en Helaba is de Commissie echter van mening dat de bruto-herfinancieringsrente moet worden afgetrokken. Herfinancieringskosten zijn bedrijfskosten en reduceren het belastbare inkomen. Hetzelfde geldt echter voor de vergoeding voor een derdenbelang dat van meet af aan in liquide vorm

([35]) Opmerkingen van Duitsland van 9 april 2004, blz. 28.

([36]) De opslag op de vergoeding voor *perpetuals* van Deutsche Bank (overeengekomen vaste vergoeding van 6,60 %) wordt hier met 1,94 % per jaar gerelateerd aan Duitse staatsleningen met een looptijd van tien jaar, om deze gemakkelijker te kunnen vergelijken met het derdenbelang van Dresdner Bank met een looptijd van 12 jaar (1,65 % méér dan de staatslening met een looptijd van 10 jaar) en om inzicht te krijgen in de hoogte van de permanente opslag. In de bovenstaande tabel wordt de opslag op de vergoeding voor dezelfde *perpetuals* daarentegen met 1,15 % per jaar gerelateerd aan Duitse staatsleningen met een looptijd van dertig jaar, omdat deze de relevante looptijd vertegenwoordigen (30 jaar geldt op de markt als „quasi permanent"). De aan de 30-jarige staatslening gerelateerde vergoedingsopslag is lager omdat bij een normale rente zoals in het onderhavige geval leningen met een lange looptijd (30 jaar) meer opbrengen dan kortlopende (tienjarige leningen) en daardoor een hogere aftrekpost opleveren ten opzichte van de overeengekomen vaste vergoeding van 6,60 % per jaar.

([37]) In werkelijkheid ligt een en ander natuurlijk veel gecompliceerder, bijvoorbeeld vanwege posten buiten de balansstelling, verschillende aan activa toegekende risicogewichten en posten met nulrisico. Dit laat echter de kern van het betoog onverlet.

([38]) De situatie blijft gelijk als men gebruik maakt van de mogelijkheid om het aanvullende vermogen te verhogen tot het niveau van het basisvermogen (factor 25 i.p.v. factor 12,5 voor het basisvermogen).

wordt ingebracht. In vergelijking met een dergelijk derdenbelang dat, zoals hierboven is uiteengezet, de geëigende markttoets doorstaat, geldt derhalve geen extra belastingvoordeel. Het netto-resultaat van de bank wordt derhalve in beide gevallen verlaagd met het bedrag van de voor de liquiditeit betaalde rente. Derhalve kunnen de herfinancieringskosten als geheel worden afgetrokken.

(186) In dit opzicht verschilt Helaba aanmerkelijk van WestLB en de overige deelstaatbanken, waartegen de procedure eveneens was ingeleid, omdat bij laatstgenoemde banken het stimuleringskapitaal steeds als reserve in de balans werd opgenomen en de totale vergoeding als winstverdeling, maar niet als bedrijfskosten moet worden beschouwd en daarom uit de belaste winst moet worden betaald. Bij deze banken ontstaat een belastingvoordeel wanneer de kosten voor de nogmaals te creëren liquiditeit als bedrijfskosten van de belasting kunnen worden afgetrokken, terwijl dit bij een van meet af aan liquide, doch overigens identieke investering die aan de relevante vergelijkingscriteria voldoet, niet het geval zou zijn.

(187) Gezien het ontbreken van (verdere) belastingvoordelen behoeft Helaba slechts een vergoeding te betalen voor het risico waaraan de deelstaat Hessen zijn stimuleringskapitaal in de vorm van een derdenbelang blootstelt, dat wil zeggen de in basispunten uitgedrukte aansprakelijkheidsvergoeding tegen de relevante referentierentevoet.

(2) *Vaststelling van een minimale vergoeding voor het ter dekking van het stimuleringskapitaal benodigde kapitaal evenals voor de op grond van de zogenaamde faseringsregeling aanvankelijk niet ter dekking van de commerciële activiteiten gebruikte kapitaal*

(188) In de WestLB-beschikking van 1999 heeft de Commissie voor het op de balans geboekte bedrag, dat echter niet ter dekking van de commerciële activiteiten kon worden gebruikt, een avalprovisie van 0,5-0,6 % voor belastingen en 0,3 % na belastingen voorgeschreven. Deze avalprovisie is in overeenstemming met het cijfer van 0,3 % voor belastingen dat Duitsland eind 1991 voor een bank als WestLB redelijk achtte. De Commissie verhoogde dit percentage tot 0,5 à 0,6 % voor belastingen (0,3 % na belastingen), en wel om twee redenen. Enerzijds was het bedrag van 3,4 miljard DEM waar het bij WestLB om ging (1,74 miljard EUR) hoger dan de bedragen die gewoonlijk door dergelijke bankgaranties worden gedekt. Anderzijds worden bankgaranties gewoonlijk aan bepaalde transacties gekoppeld en hebben zij een bepaalde looptijd.

(189) In het kader van de onderzoekprocedure betreffende Helaba verzocht de Commissie Duitsland evenwel een avalprovisie op te geven die voor een bank als Helaba als marktconform kan worden beschouwd. Duitsland willigde dit verzoek niet in maar beweerde dat een aval altijd slechts voor bepaalde transacties wordt toegekend en er derhalve geen markt is waaraan de vergoeding voor een dergelijk aval kan worden ontleend. Indien de Commissie ondanks deze bezwaren een vergoeding verlangt, zou de omvang hiervan volgens Duitsland slechts individueel kunnen worden vastgesteld, rekening houdende met het specifieke risico dat de deelstaat bij deze benadering ten aanzien van het resterende bedrag was aangegaan. Aangezien de voorgenomen uitbreiding van de risicodragende-activa met [...] miljoen DEM per jaar een, in vergelijking met WestLB, terughoudend expansiebeleid vormde, zou de zeer kleine kans dat schuldeisers van de bank een beroep zouden doen op dit jaarlijks afnemende verschilbedrag in ieder geval moeten leiden tot de vaststelling van een zeer geringe aansprakelijkheidsvergoeding. Verder had Helaba de volledig te vergoeden deelbedragen slechts gedeeltelijk als buffer gebruikt en, in tegenstelling tot WestLB, de prudentiële minimale ratio's voor het basisvermogen ruimschoots in acht genomen, zodat de zakelijke risico's van Helaba alleen al daardoor ruim voldoende waren afgedekt. Gezien deze zekerheidsmarge was het uitgesloten dat de basisvergoeding van 0,3 % per jaar voor belastingen, evenals een opslag op dit percentage van 0,2 à 0,3 % per jaar voor belastingen welke in de WestLB-beschikking zijn vastgesteld (in totaal 0,3 % per jaar na belastingen) op Helaba zouden worden toegepast.

(190) Hierdoor ziet de Commissie zich genoodzaakt zelf een passende avalprovisie voor Helaba vast te stellen. Gezien de fundamentele vergelijkbaarheid van WestLB en Helaba en het gebrek aan andere aanknopingspunten gaat de Commissie er in dit geval van uit dat, net als bij WestLB, een basispercentage van 0,3 % per jaar voor belastingen redelijk kan worden geacht. Eventuele opslagbedragen zijn volgens de Commissie echter niet passend. Enerzijds is het bedrag van het derdenbelang van 50 à 100 miljoen EUR, dat op lange termijn ter dekking van het stimuleringskapitaal bestemd is, aanzienlijk lager dan het bedrag van circa 1,7 miljard EUR dat aan WestLB was overgedragen. Anderzijds was het bedrag, dat ingevolge de faseringsregeling niet als buffer voor commerciële activiteiten kon worden gebruikt, als gevolg van deze faseringsregeling beperkt in de tijd en daalde het geleidelijk tot nul. Hieruit blijkt duidelijk dat het risico van de deelstaat Hessen niet groter was dan bij de toekenning van een marktconforme garantie aan een bank als Heleba het geval zou zijn, en dat derhalve een verhoging van het basispercentage van 0,3 % per jaar voor belastingen niet gerechtvaardigd is. Aangezien de vergoeding voor het totale derdenbelang als bedrijfskosten van de belasting mag worden afgetrokken en derhalve ook op dit punt van de fiscale behandeling van de vergoeding in de WestLB-beschikking verschilt, legt de Commissie de avalprovisie in deze beschikking vast als percentage vóór belastingen, dat volledig als bedrijfskosten kan worden opgevoerd.

e) ***Het steunelement***

(191) Zoals hierboven uiteengezet beschouwt de Commissie een vergoeding van 0,3 % per jaar voor belastingen voor het gedeelte van het kapitaal dat door Helaba niet ter dekking van haar commerciële activiteiten kon worden gebruikt, maar dat vanaf 31 december 1998 op de balans van Helaba was opgenomen, als redelijk.

(192) Helaba betaalt een vergoeding van 1,4 % per jaar uitsluitend voor het bedrag dat de bank overeenkomstig het zogenaamde faseringsmodel met risicodragende activa kan dekken, maar niet voor het gedeelte van het derdenbelang dat weliswaar op de balans is opgenomen maar dat niet als buffer voor de commerciële activiteiten is gebruikt.

(193) Het steunelement kan derhalve worden opgevat als het product van de door de Commissie als marktconforme beschouwde avalprovisie van 0,3 % per jaar voor belastingen en het op de balans opgenomen, maar niet ter dekking van de commerciële activiteiten gebruikte gedeelte van het derdenbelang, en wel overeenkomstig het volgende overzicht:

Waarde per jaarultimo in miljoen EUR	1999	2000	2001	2002	2003
1) Nominale waarde op de balans	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4	1 264,4
2) Basisvermogen dat volgens de overeengekomen faseringsregeling daadwerkelijk voor commerciële activiteiten mag worden gebruikt	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
3) Basisvermogen dat is gebruikt als buffer voor stimuleringsmaatregelen	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
4) Basisvermogen dat als buffer gebruikt kan worden voor commerciële activiteiten maar dat volgens de overeengekomen faseringsregeling niet mag worden gebruikt	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
5) Verschil tussen 1) en 2), gelijk aan de som van 3) en 4)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
6) Zekerheidsaftrek als gevolg van een lagere voorlopige opneming op de balans per 31.12.1998 (*)	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
7) met avalprovisie van 0,3 % per jaar (voor belastingen) te vergoeden kapitaalbasis	[...]	[...]	[...]	[...]	[...]
8) als exploitatie-uitgaven af te trekken vergoeding, komt overeen met het steunelement	1,92	1,95	1,34	0,73	0,15

(*) Met betrekking tot 6), zekerheidsafslag op grond van lagere voorlopige opneming in de balans per 31 december 1998: volgens Duitsland ([39]) was de prudentiële erkenningsprocedure op 31.12.1998 nog niet afgesloten, zodat aanvankelijk een bedrag van 1 023 miljoen EUR (2 000 miljoen DEM) op de balans was opgenomen. Het op grond van het waarderingsproces vastgestelde bedrag van 1 264 miljoen EUR is onmiddellijk na de waardering geboekt en is vervolgens opgenomen in de jaarrekening 1999. De Commissie vindt het gezien deze handelwijze passend ten gunste van Helaba voor 1999 als zekerheidsaftrek een bedrag van de te vergoeden kapitaalbasis af te trekken. Krediteuren van Helaba baseerden de kredietwaardigheidsbeoordeling voor 1999 op de cijfers van de jaarrekening 1998 met het voorlopig berekende lagere bedrag van het derdenbelang van 1 023 miljoen EUR. Daarom moet in 1999 het verschil tussen dit bedrag en het volgens de faseringsregeling ter dekking van de commerciële activiteiten te gebruiken basisvermogen met de avalprovisie van 0,3 % per jaar (voor belastingen), te weten [...] miljoen EUR, worden vergoed. Voor de volgende jaren komt het bedrag dat op de balans van het vorige jaar is opgenomen overeen met het in de balans van dat jaar genoemde bedrag van het derdenbelang.

([39]) Zie antwoord van Duitsland van 23 augustus 2004, blz. 6-7.

f) ***Voorlopige conclusie***

(194) De Commissie komt derhalve tot de conclusie dat Helaba slechts begunstigd is in zoverre zij voor het gedeelte van het in de vorm van een derdenbelang van de deelstaat Hessen ter beschikking gestelde kapitaal, dat ter dekking van de stimuleringsmaatregelen nodig was, evenals voor het gedeelte dat op grond van de faseringsregeling aanvankelijk niet als buffer voor de commerciële activiteiten werd gebruikt, geen passende aansprakelijkheidsvergoeding heeft betaald. Volgens de Commissie zou in dit geval een aansprakelijkheidsvergoeding van 0,3 % per jaar (voor belastingen) passend zijn geweest. Het kapitaal dat wel voor de dekking van de commerciële activiteiten kon worden gebruikt werd daarentegen met de daartoe overeengekomen vergoeding van 1,43 % per jaar (na bedrijfsbelasting) voor het derdenbelang naar behoren vergoed. In dit geval is er derhalve geen sprake van begunstiging.

1.3. CONCURRENTIEVERVALSING EN INAANMERKINGNEMING VAN HET HANDELSVERKEER TUSSEN LIDSTATEN

(195) Met de liberalisering van de financiële diensten en de integratie van de financiële markten wordt de banksector in de Gemeenschap steeds meer met concurrentievervalsing geconfronteerd. Deze tendens wordt nog versterkt in het kader van de economische en monetaire unie, waardoor de concurrentiebelemmeringen op de markten voor financiële diensten worden weggenomen.

(196) De ontvanger van de steun, Helaba, is zowel regionaal als internationaal actief in het bankbedrijf. Helaba beschouwt zich als algemene zakenbank, centrale bank voor de spaarbanken en als deelstaat- en gemeentebank. Ondanks haar naam, haar traditie en haar wettelijk opgelegde taken is Helaba zeker niet uitsluitend een lokale of regionale bank.

(197) Hieruit blijkt duidelijk dat Helaba met haar bankdiensten concurreert met andere Europese banken buiten Duitsland en — aangezien ook banken uit andere Europese landen op de Duitse markt actief zijn — in Duitsland. Het lijdt dan ook geen twijfel dat steun ten gunste van Helaba de mededinging verstoort en het handelsverkeer tussen lidstaten beïnvloedt.

1.4. CONCLUSIE

(198) Aangezien Helaba voor het gedeelte van het ter beschikking gestelde kapitaal dat voor de dekking van de stimuleringsmaatregelen noodzakelijk was en het gedeelte dat op grond van de faseringsregeling in eerste instantie niet als buffer voor de commerciële activiteiten werd gebruikt, geen passende aansprakelijkheidsvergoeding heeft betaald, is aan alle voorwaarden voldaan om te kunnen spreken van staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, EG-Verdrag. Wat het gedeelte van het vermogen betreft dat ter dekking van de commerciële activiteiten werd gebruikt, moet uitsluitend de op dit bedrag toe te passen vergoeding van 1,43 % per jaar (na belastingen) als marktconform worden beschouwd. Wat dit gedeelte betreft is er geen sprake van begunstiging en derhalve ook niet van staatssteun in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag ten gunste van Helaba.

2. *VERENIGBAARHEID MET DE GEMEENSCHAPPELIJKE MARKT*

(199) Aangezien de inbreng van het derdenbelang staatssteun inhoudt in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag moet worden onderzocht of de steun als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden beschouwd.

(200) Geen van de uitzonderingsbepalingen van artikel 87, lid 2, van het EG-Verdrag is van toepassing. De steun is niet van sociale aard en wordt niet verstrekt aan individuele verbruikers. Zij is evenmin gericht op het herstel van schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen of op compensatie van door de deling van Duitsland berokkende economische nadelen.

(201) Aangezien de steun geen regionaal doel heeft — zij dient niet ter bevordering van de economische ontwikkeling van streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst, noch ter bevordering van de ontwikkeling van bepaalde regionale economieën — zijn noch artikel 87, lid 3, onder a), noch de regionale aspecten van artikel 87, lid 3, onder c), van het EG-Verdrag van toepassing. De steun wordt ook niet gebruikt om de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen. Evenmin is zij bedoeld om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen.

(202) Aangezien het economische voortbestaan van Helaba ten tijde van de maatregel niet op het spel stond behoeft ook niet te worden nagegaan of de ondergang van één grote kredietinstelling als Helaba tot een algemene crisis van de banksector in Duitsland zou kunnen leiden, hetgeen op grond van artikel 87, lid 3, onder b) van het EG-Verdrag de toekenning van steun om een ernstige verstoring van de Duitse economie ongedaan te maken, zou kunnen rechtvaardigen.

(203) Overeenkomstig artikel 87, lid 3, onder c), van het EG-verdrag kan steun als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden beschouwd indien zij de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid of van bepaalde regionale economieën vergemakkelijkt. Dit zou in principe ook voor herstructureringssteun in de banksector kunnen gelden. In casu zijn de voorwaarden voor deze uitzonderingsregeling echter niet aanwezig. Helaba was geen onderneming in moeilijkheden die in aanmerking kwam voor staatssteun voor het herstellen van haar rentabiliteit.

(204) Artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag, dat onder bepaalde omstandigheden uitzonderingen op de staatssteunregels

toestaat, geldt ook voor de financiële sector. De Commissie heeft dit in haar verslag over „diensten van algemeen economisch belang in de banksector" bevestigd ([40]). Aan de formele voorwaarden terzake is in dit geval echter niet voldaan: noch de taken die Helaba met het oog op het verrichten van diensten van algemeen economisch belang vervult, noch de kosten die hieruit ontstaan zijn nauwkeurig aangegeven. Het is derhalve duidelijk dat de overdracht heeft plaatsgevonden zonder dat zij betrekking had op eventuele diensten van algemeen economisch belang. In dit geval is derhalve ook deze uitzonderingsbepaling niet van toepassing.

(205) Aangezien geen van de uitzonderingen op het fundamentele verbod op staatssteun van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag van toepassing is, kan de onderhavige staatssteun niet als verenigbaar met de bepalingen van het Verdrag worden beschouwd.

3. *GEEN BESTAANDE STEUN*

(206) In tegenstelling tot de bewering van Duitsland in andere procedures waarbij deelstaatbanken betrokken zijn, valt de kapitaaloverdracht ook niet onder de bestaande steunregelingen „institutionele aansprakelijkheid en aansprakelijkheid van de borg"; zij moet daarentegen als nieuwe steun worden beschouwd.

(207) Enerzijds is niet voldaan aan de voorwaarde dat de aansprakelijkheid van de borg een garantie vormt jegens schuldeisers voor het geval het vermogen van de bank niet toereikend is om aan haar verplichtingen te voldoen. De kapitaalinbreng is niet bestemd om de schuldeisers van de deelstaatbank te voldoen en evenmin was het vermogen van de bank uitgeput.

(208) Anderzijds is ook de institutionele-aansprakelijkheidsregeling in dit geval niet van toepassing. Deze institutionele aansprakelijkheid verplicht de aansprakelijke instantie, het Sparkassenverband Hessen-Thüringen, ertoe Helaba van de middelen te voorzien die voor een behoorlijke bedrijfsuitoefening noodzakelijk zijn, indien deze instantie besluit dat de exploitatie moet worden voortgezet. Helaba bevond zich op het moment van de kapitaalinbreng echter geenszins in een situatie waarin een behoorlijke bedrijfsuitoefening door een gebrek aan toereikend eigen vermogen niet meer mogelijk was. De kapitaalinbreng was derhalve voor de voortzetting van een behoorlijke bedrijfsuitoefening van Helaba niet noodzakelijk. De bank zou op basis van een bewuste economische afweging van de deelstaat, die medeeigenaar van de bank is, ook in de toekomst concurrerend op de markt kunnen optreden. Op een dergelijke normale economische beslissing van de deelstaat is de „noodbepaling" van de institutionele aansprakelijkheid niet van toepassing. Bij gebrek aan een andere toepasselijke bestaande steunregeling overeenkomstig artikel 87, lid 1, en artikel 88, lid 1, van het EG-Verdrag moet de kapitaalinbreng derhalve als nieuwe steun in de zin van artikel 87, lid 1, en artikel 88, lid 3, van het EG-Verdrag moeten worden beschouwd.

([40]) Dit verslag is overgelegd aan de Ecofin-Raad op 23 november 1998, maar niet gepubliceerd. Het kan bij het Directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie worden aangevraagd, of op de internetwebsite van de Commissie worden geraadpleegd.

VII. **CONCLUSIE**

(209) De genoemde steun kan noch op grond van artikel 87, lid 2 of lid 3, noch op grond van enige andere Verdragsbepaling als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden aangemerkt. De steun wordt derhalve onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verklaard, en het steunelement van de onwettige maatregel moet door Duitsland worden teruggevorderd,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

1. Het afzien van een passende vergoeding van 0,15 % per jaar (voor ondernemingsbelasting) voor het gedeelte van het door de deelstaat Hessen op Landesbank Hessen-Thüringen — Girozentrale overgedragen kapitaal, dat deze bank sinds 31 december 1998 als garantie kan gebruiken, vormt een met de gemeenschappelijke markt onverenigbare steunmaatregel.

2. Het bedrag van de in lid 1 bedoelde steun bedraagt voor de periode 1 januari 1999 tot en met 31 december 2003 6,09 miljoen EUR.

Artikel 2

1. Duitsland schaft de in artikel 1, lid 1, bedoelde steun uiterlijk op 31 december 2004 af.

2. Duitsland treft alle nodige maatregelen om de in artikel 1, lid 1, bedoelde en reeds onwettig ter beschikking gestelde steun van de begunstigde terug te vorderen. Het terug te vorderen bedrag omvat:

a) voor de periode van 31 december 1998 tot en met 31 december 2003, het in artikel 1, lid 2, genoemde bedrag;

b) voor de periode vanaf 1 januari 2004 tot de afschaffing van de steun, een bedrag dat overeenkomstig de in artikel 1, lid 1, genoemde methode wordt berekend.

Artikel 3

De terugvordering geschiedt onverwijld en in overeenstemming met de nationaal-rechtelijke procedures voor zover deze procedures een onverwijlde en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de onderhavige beschikking toelaten.

De terug te vorderen steun bevat rente vanaf de datum waarop de steun aan de begunstigde ter beschikking is gesteld tot de datum van de daadwerkelijke terugbetaling ervan.

De rente wordt berekend op grond van de bepalingen van hoofdstuk V van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie ([41]).

Artikel 4

Duitsland deelt de Commissie binnen twee maanden vanaf de kennisgeving van deze beschikking mee welke maatregelen het heeft genomen om hieraan te voldoen; het maakt hierbij gebruik van de in de bijlage opgenomen vragenlijst.

Artikel 5

Deze beschikking is gericht tot de Bondsrepubliek Duitsland.

Brussel, 20 de oktober 2004.

Voor de Commissie

Neelie KROES

Lid van de Commissie

([41]) PB L 140 van 30.4.2004, blz. 1.