II

(Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 31 oktober 1995

inzake staatssteun door de Freie und Hansestadt Hamburg aan de EGKS-staalonderneming Hamburger Stahlwerke GmbH, Hamburg

(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

(96/236/EGKS)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal, inzonderheid op artikel 4, onder c),

Gelet op Beschikking nr. 3855/91/EGKS van de Commissie van 27 november 1991 tot invoering van communautaire regels voor de steun aan de ijzer- en staalindustrie [1],

Na de overige Lid-Staten en de andere belanghebbenden overeenkomstig artikel 6, lid 4, van genoemde beschikking te hebben aangemaand hun opmerkingen te maken,

Gelet op de ontvangen opmerkingen,

Overwegende hetgeen volgt:

I

Op 6 juli 1994 besloot de Commissie uit hoofde van een reeks financiële maatregelen van de Freie und Hansestadt Hamburg (hierna „FHH" genoemd) ten behoeve van Hamburger Stahlwerke GmbH (hierna „HSW" genoemd) de procedure van artikel 6, lid 4, van Beschikking nr. 3855/91/EGKS (Staalsteuncode, hierna „SSC" genoemd) in te leiden. Op grond van de door de Duitse Regering verstrekte informatie was de Commissie tot de slotsom gekomen dat een lening van de Hamburgische Landesbank Girozentrale (hierna „HLB" genoemd) van 20 miljoen DM aan de aandeelhouders van Protei Produktionsbeteiligungen GmbH & Co. KG (hierna „Protei" genoemd) en een in de jaren 1984 tot 1994 door HLB aan HSW toegekende kredietlijn van 130 tot 184 miljoen DM, inclusief een kredietmarge van 10 miljoen DM, met de SSC en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal (hierna het „EGKS-Verdrag" genoemd) onverenigbare staatssteun zouden kunnen vormen.

De Commissie heeft de Duitse Regering bij schrijven van 14 juli 1994 in kennis gesteld van haar besluit de procedure in te leiden en haar verzocht haar standpunt kenbaar te maken en door haar als ter zake dienend beschouwde aanvullende inlichtingen te verstrekken. Het antwoord van de Duitse autoriteiten van 8 september 1994 bevatte aanvullende gegevens over de omstreden financiële maatregelen, alsmede verscheidene argumenten ter ondersteuning van de opvatting van de Duitse Regering, dat deze maatregelen geen staatssteun vormden (voor een uitvoerige beschrijving van het in de verschillende mededelingen betreffende deze zaak uiteengezette standpunt van de Duitse Regering, zie deel III van deze beschikking).

Door middel van de bekendmaking in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* [2], van het schrijven waarmee de Commissie de Duitse Regering in kennis stelde van haar besluit de procedure in te leiden, werden de andere Lid-Staten en de overige belanghebbenden aangemaand hun opmerkingen over deze maatregelen kenbaar te maken.

[1] PB nr. L 362 van 31. 12. 1991, blz. 57.

[2] PB nr. C 293 van 21. 10. 1994, blz. 3.

In het kader van de onderhavige procedure zijn de volgende opmerkingen ter kennis van de Commissie gebracht:

— De regering van een Lid-Staat verklaarde dat zij de in de bekendmaking beschreven financiële maatregelen als staatssteun beschouwt die de mededinging binnen de Gemeenschap ongunstig beïnvloedt ten nadele van de op haar grondgebied actieve concurrenten van HSW. Zij drong er bij de Commissie op aan, dat deze iedere transactie tussen HSW, HLB en FHH nauwlettend zou onderzoeken teneinde vast te stellen of deze transacties verenigbaar zijn met de SSC.

— Een grote Europese staalonderneming verklaarde dat de in de bekendmaking beschreven financiële maatregelen een volgens het EGKS-Verdrag en de SSC ontoelaatbare steun vormen. Zij betwijfelde of HSW ooit, zelfs na verdere kapitaalinbreng, economisch levensvatbaar zou kunnen worden, aangezien de produktiviteit van de onderneming, naar verluidt, veel geringer is dan die van vergelijkbare ondernemingen in Duitsland.

— Een nationale vereniging van staalproducenten wees er met nadruk op, dat de aan Protei verstrekte lening van 20 miljoen DM, waarmee het aanvankelijke maatschappelijk kapitaal van HSW in 1984 werd bijeengebracht, alleen al onwettig was, omdat de Commissie hiervan niet tevoren in kennis was gesteld. Zij beschouwt de leningen van HLB aan HSW, althans ten dele, als steun, die ertoe zou hebben bijgedragen dat een belangrijke concurrent van enige bij de vereniging aangesloten ondernemingen in andere Lid-Staten gedurende een tijdvak van tien jaar in bedrijf kon worden gehouden.

Deze opmerkingen werden in een schrijven van 5 januari 1995 ter kennis van de Duitse Regering gebracht, met het verzoek haar standpunt mede te delen. Diezelfde dag werd de Duitse Regering in een schrijven verzocht gedetailleerde inlichtingen te verstrekken met betrekking tot persberichten, volgens welke HLB de kredietlijn van HSW na het verstrijken daarvan per ultimo 1994 had verlengd.

Bij brief van 11 januari 1995 deelde de Duitse Regering de Commissie mede, dat de kredietlijn niet was verlengd en dat HSW was verkocht. Zij kondigde nadere gedetailleerde inlichtingen met betrekking tot deze transactie aan. In een schrijven van 7 februari 1995 deelde de Duitse Regering haar reactie op de opmerkingen van de andere Lid-Staten en overige belanghebbenden mee en verstrekte zij enige informatie over de verkoop van de aandelen van HSW aan het Nederlandse Venuda Investments BV (hierna „Ispat" genoemd), dat behoort tot de in Jakarta in Indonesië gevestigde Ispat-groep.

Bij schrijven van 13 maart 1995 verzocht de Commissie om nadere gegevens met betrekking tot de verkoop van de aandelen van de vennootschap en de financiële maatregelen van HLB en FHH in verband met deze verkoop. Het antwoord van de Duitse Regering kwam op 28 april 1995 in. Bij brief van 10 mei 1995 verzocht de Commissie om enige nadere inlichtingen, en met name om afschriften van bepaalde stukken, die, met uitzondering van één stuk dat als geheim en intern werd aangemerkt, bij schrijven van 15 mei 1995 werden toegezonden. Op 22 mei 1995 vond in Brussel een bespreking plaats tussen vertegenwoordigers van de Senaat van FHH, de Duitse Regering en de Commissie. Bij brief van 14 juni 1995 verstrekte de Duitse Regering enige aanvullende inlichtingen en argumenten, alsmede een afschrift van de inschrijvingsdocumenten, waardoor de verkoop van HSW werd voorbereid.

Op 20 juni 1995 vond in Hamburg een bespreking plaats tussen vertegenwoordigers van de Senaat van FHH, de Duitse Regering en de Commissie, om verschillende details met betrekking tot de verkoop van HSW te bespreken en enige argumenten betreffende de mogelijke beoordeling van de zaak uit te wisselen. Bij brieven van 25 juli 1995 en 18 augustus 1995 verstrekten de Duitse autoriteiten nadere informatie over de financiering van HSW sinds 1984 en de besteding van de door de Commissie in de jaren 1984 en 1985 goedgekeurde steun.

II

Volgens de beschikbare informatie zijn de feiten de volgende:

De oude Hamburger Stahlwerke GmbH werd in 1961 opgericht en begon met haar staalactiviteiten in 1969. In de periode van 1969 tot 1982 leed het bedrijf, behalve in 1974 en 1979, verlies.

Tot 1981 werden verliezen ten bedrage van in totaal 204 miljoen DM gedekt door haar aandeelhouders Korf Stahl AG en Ferrocontor Beteiligungsgesellschaft mbH. In 1982 leed de onderneming een verlies van 172 miljoen DM, dat niet door haar aandeelhouders werd gedekt. Op 20 januari 1983 begon de bevoegde rechtbank een akkoordprocedure. De bewindvoerder trachtte een koper voor de onderneming te vinden, om de voortzetting van het bedrijf mogelijk te maken. Op 9 december 1983 opende de rechtbank de faillissementsprocedure, nadat de pogingen om een akkoord te bereiken waren mislukt.

HLB verwierf vanaf 1972 aandelen in de oude Hamburger Stahlwerke Gmbh en hield vanaf 1974 voortdurend 49 % van de aandelen fiduciair als zekerheid voor liquiditeits- en investeringskredieten, die zonder borg- of vergelijkbare zekerheidsstelling door FHH waren verleend. Toen de faillissementsprocedure werd ingesteld, had HLB 52 miljoen DM aan uitstaande vorderingen, die niet door garanties van FHH waren gedekt. Voor vorderingen van 129 miljoen DM waren door FHH zekerheden gesteld, die op grond daarvan een regresrecht op de boedel had. De totale vordering van HLB en de FHH op de oude Hamburger Stahlwerke GmbH werd in het kader van de faillissementsprocedure niet als faillissementsvordering behandeld, omdat een arrest (1) in laatste instantie HLB als aandeelhoudster van de oude Hamburger Stahlwerke GmbH en deze bank die staatseigendom is, als trustee van

(1) Arrest van het Bundesgerichtshof van 19 september 1988, zaak II ZR 255/87, Der Betrieb 1988, blz. 2141; Lagere instanties: arrest van het Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg van 24 juli 1987, zaak II U 182/86, Der Betrieb 1987, blz. 1778 en vonnis van het Landesgericht Hamburg van 15 augustus 1986, zaak 3 O 288/84.

FHH beschouwde. Deze conclusie van de rechter had rechtens ten gevolge dat iedere inbreng van liquide middelen na 1981, al vond deze formeel in de vorm van leningen plaats, als eigen vermogen diende te worden aangemerkt. De leningen werden als vervanging van het eigen vermogen beschouwd. De vorderingen van HLB en FHH zouden dientengevolge alleen worden afgelost, wanneer de liquidatie van de oude Hamburger Stahlwerke GmbH in het kader van de faillissementsprocedure tot een overschot na betaling van alle preferente en niet-preferente schuldeisers zou hebben geleid.

Daar de bewindvoerder, de latere curator, reeds zonder succes in het kader van de akkoordprocedure had getracht een koper voor het bedrijf te vinden, besloten HLB en FHH de voortzetting van het bedrijf te ondersteunen door middel van een nieuwe onderneming, die de activa van de oude Hamburger Stahlwerke GmbH voor de voortzettingswaarde zou overnemen. Zij verwachtten, volgens de Duitse Regering, dat hun vordering van 181 miljoen DM althans ten dele zou kunnen worden afgelost.

De curator en de bedrijfsleiding stelden een herstructureringsplan op. Zij richtten Protei Produktionsbeteiligungen GmbH & Co. op en namen begin 1984 de activa en het bedrijf van de oude Hamburger Stahlwerke GmbH over via de nieuw opgerichte Neue Hamburger Stahlwerke GmbH, een 100 %-dochteronderneming van Protei. De vennootschap kreeg later in 1984 de naam Hamburger Stahlwerke GmbH.

De oude Hamburger Stahlwerke GmbH werd geliquideerd. De Duitse Regering deelde mede, dat de bedrijfsvoortzetting van de oude Hamburger Stahlwerke GmbH in het kader van een nieuwe onderneming tot een vermindering leidde van de uit de financiering van de oude Hamburger Stahlwerke GmbH voortvloeiende verliezen van HLB van 52 miljoen DM tot minder dan 5 miljoen DM, dit wil zeggen een daling met ongeveer 90 %. Het verlies van de Hansestadt werd verminderd van 129 miljoen DM tot 52 miljoen DM, d.w.z. met 77 miljoen DM, oftewel ongeveer 60 %.

Het aanvankelijke maatschappelijk kapitaal van Protei, 20,2 miljoen DM, werd door een lening van 20 miljoen DM van HLB aan de aandeelhouders van Protei, de curator en de bedrijfsleider van HSW opgebracht. FHH had HLB een bedrag van 20 miljoen DM ter beschikking gesteld met de opdracht dit voor de lening aan de aandeelhouders van Protei te gebruiken. Slechts een gering bedrag van het aanvankelijke maatschappelijk kapitaal van Protei werd rechtstreeks door haar aandeelhouders opgebracht, die elk 100 000 DM inbrachten. Het aanvankelijke eigen vermogen van HSW, dat eveneens 20,2 miljoen DM bedroeg, werd door haar enig aandeelhouder Protei ingebracht, die hiertoe het via de curator, de bedrijfsleider en HLB van FHH verkregen kapitaal gebruikte.

De overeenkomst tussen HLB, Protei, de bedrijfsleider en de curator bepaalde dat uitsluitend rente en aflossing verschuldigd is, wanneer HSW winst maakt. Het rentepercentage werd vastgesteld op het discontotarief vermeerderd met 7,5 %, maar ten minste op 15 % per jaar. Partijen kwamen overeen, dat de curator en de bedrijfsleider voor de lening, de aflossing en de rente hiervan, niet met hun respectieve particuliere vermogen aansprakelijk zouden zijn en dat alle fiscale lasten en overige kosten als gevolg van de deelneming van Protei in HSW door HLB zouden worden terugbetaald. Protei droeg haar aanspraken op winstuitkeringen door HSW over in de verhouding tussen het geleende bedrag en het totale maatschappelijk kapitaal van HSW.

De overeenkomst bepaalde voorts, dat Protei het bedrijf van HSW moest voortzetten, dat zij niet zonder toestemming van HLB mocht besluiten HSW te liquideren en dat voor beslissingen met betrekking tot de bedrijfsleiding of de raad van commissarissen goedkeuring van HLB nodig was. Voorts was volgens de overeenkomst Protei niet bevoegd aandelen aan HSW te verkopen, wanneer HLB hiermee niet instemt. Overeengekomen werd dat Protei verplicht was op verzoek van HLB onderhandelingen met potentiële kopers aan te gaan. HLB behield zich het recht voor, als waarnemer aan onderhandelingen over de verkoop van HSW deel te nemen.

In haar mededeling van 8 september 1994 verklaarde de Duitse Regering dat, ingevolge de structuur van de overeenkomst, die HLB/FHH de mogelijkheid bood een beslissende invloed op de bedrijfsvoering van HSW uit te oefenen, FHH, zonder eigenaar van de onderneming te worden, aan een risico is blootgesteld, dat gelijk is aan dat van een eigenaar die risicodragend kapitaal verstrekt.

Van 1984 tot 1994 werden 2,8 miljoen DM aan aflossing en 2,7 miljoen DM aan rente betaald over de lening van 20 miljoen DM van HLB. Op 19 juni werd het maatschappelijk kapitaal van HSW uit eigen middelen met 11,5 miljoen DM verhoogd.

Het herstructureringsplan werd ondersteund met door de Commissie goedgekeurde steun (46 miljoen DM steun voor investeringen, voor sluiting, onderzoek en ontwikkeling, alsmede voor de dekking van exploitatieverliezen en een staatsgarantie van 40 miljoen DM). HSW ontving uiteindelijk slechts 23,5 miljoen DM voor investeringen, sluitingskosten en exploitatieverliezen. Het resterende bedrag van 22,5 miljoen DM werd niet uitgekeerd, omdat de Duitse Regering haar aandeel aan de investeringssubsidies weigerde te betalen, daar een deel van de te ondersteunen investeringen reeds door de oude HSW was gedaan en een ander deel uiteindelijk niet werd uitgevoerd. De Duitse Regering weigerde voorts haar aandeel van 15 miljoen DM te betalen, omdat de subsidies voor exploitatieverliezen betrekking hadden op verliezen van de oude HSW, die in staat van faillissement verkeerde en niet op uitgaven van de nieuwe HSW. Op beschikbaar gestelde garanties van 27 miljoen DM werd nooit een beroep gedaan, omdat HSW voor andere financieringsmogelijkheden had gekozen.

Bij de aanvang van de bedrijfsactiviteiten van HSW verleende HLB de onderneming in 1984 een kredietlijn van maximaal 130 miljoen DM op basis van regelmatig

vernieuwde jaarlijkse overeenkomsten. 60 % van de kredietlijn (78 miljoen DM) werd verstrekt in opdracht van FHH. Naar Duits recht (§ 778 van het Duitse Burgerlijk Wetboek, hierna „BGB" genoemd) is FHH verplicht de bank alle uitgaven te vergoeden die zij gedurende de uitvoering van deze opdracht zou moeten doen alsof de bank een borgstelling tot zekerheid van het krediet zou hebben verkregen (§§ 765 e.v. BGB). Voor de totale kredietlijn werd zekerheid gesteld door eigendomsoverdracht tot zekerheid, van het vlottend vermogen en door zekerheidscessie van de vorderingen van HSW op derden. De Duitse Regering deelde de Commissie mede, dat de waarde van de zekerheden in de periode tussen 1984 tot 1994 als volgt werd geraamd:

Referentie-datum	Zekerheden in miljoen DM	Zekerheden in % van de kredietlijn
30. 12. 1984	144,0	110,7
30. 12. 1985	157,2	120,9
30. 12. 1986	130,0	100,0
30. 12. 1987	144,1	110,8
30. 12. 1988	172,4	132,6
30. 12. 1989	174,7	134,3
30. 12. 1990	204,3	157,1
30. 12. 1991	167,0	128,4
30. 12. 1992	179,1	137,7
30. 12. 1993	208,4	138,9
30. 12. 1994	204,6	117,5

In de periode van 1984 tot 1993 leed HSW op vier jaar na steeds verlies. Het volgende overzicht geeft de resultaten van de normale bedrijfsactiviteit in miljoen DM weer:

1984	+ 13,3
1985	− 2,6
1986	+ 1,3
1987	− 16,5
1988	− 5,7
1989	+ 15,7
1990	+ 8,9
1991	− 8,5
1992	− 19,8
1993	− 24,4

De kredietlijn van HLB werd tot 1992 nooit volledig benut. In 1992 leed HSW ongeveer 20 miljoen DM verlies. Zij had een verlenging van de tot het einde van het jaar lopende kredietlijn, alsmede een extra krediet van dezelfde omvang nodig om haar activiteiten voort te zetten. HLB zelf, optredend als handelsbank met gezonde bedrijfsvoeringscriteria, weigerde een uitbreiding van de kredietlijn toe te staan. In opdracht van FHH verleende zij uiteindelijk in december een uitbreiding van de kredietlijn met 20 miljoen DM, onder de door de kredietcommissie van FHH gestelde voorwaarde dat de onderneming een passend herstructureringsplan zou voorleggen.

In 1993 leed HSW 24,4 miljoen DM verlies. Zij had behoefte aan een verlenging van de tot het einde van het jaar lopende verruimde kredietlijn van 150 miljoen DM en aan een nieuwe verhoging van de kredietlijn om haar activiteiten te kunnen voortzetten. De directie van HLB weigerde de kredietlijn te verlengen. De bank was zelfs niet bereid haar vroegere toezegging, waarvan 52 miljoen DM niet door de opdracht tot kredietverlening van FHH werd gedekt, te verlengen. FHH gaf HLB opdracht, met ingang van 1994 de kredietlijn te verlengen en een verhoging van 24 miljoen DM en een kredietmarge van 10 miljoen DM te verlenen. De totale kredietlijn, met inbegrip van de kredietmarge, werd op deze wijze gedekt door de verplichting van FHH de bank alle daarmee verbonden uitgaven te vergoeden. FHH aanvaardde hiermee het volledige economische risico in verband met de aan de onderneming verstrekte leningen.

Een in opdracht van de kredietcommissie van FHH in januari 1994 opgesteld deskundigenrapport kwam tot de conclusie dat FHH in geval van een faillissement van HSW een verlies van ongeveer 200 miljoen DM zou lijden. Privatisering van de onderneming zou volgens de deskundigen de beste oplossing zijn, daar de uitgaven voor de stedelijke financiën geringer zouden zijn „dan bij voortzetting van de ondersteuning tot aan de sanering". Besloten werd tot onderhandelingen met potentiële kopers, om later althans een gedeelte van de lening terugbetaald te krijgen.

In februari 1994 droeg Protei haar aandelen in HSW over aan de bedrijfsleider. Daartegenover nam de bedrijfsleider de verplichtingen ten bedrage van 17,2 miljoen DM jegens HLB, die nog resteerden van de lening voor het maatschappelijk kapitaal van 20 miljoen DM over, waarvoor hij een koopprijs van slechts 275 000 DM moest betalen. Deze koopprijs werd opgebracht door een lening van HLB. Ook de bedrijfsleider kreeg het recht de leningen door overdracht van zijn aandelen in HSW aan HLB af te lossen, onafhankelijk van de vraag of de aandelen voldoende waard zouden zijn om de vorderingen van de bank te delgen.

In augustus 1994, kort na de beslissing van de Commissie tot inleiding van de onderhavige procedure, bereidde een particuliere investeringsbank, waaraan FHH had opgedragen de verkoop van HSW te organiseren en te coördineren, een inschrijving voor, waarbij nationale en internationale staalproducerende bedrijven werden verzocht hun offertes voor overname van HSW in te dienen. Het inschrijvingsdossier stelde mogelijke bieders ervan in kennis, dat de bedrijfsleider FHH had gemachtigd tot beschikking over de aandelen in HSW en dat FHH, met steun van de investeringsbank, de verkoop van HSW zou verrichten.

Bij overeenkomst van 27 december 1994 werd HSW overgenomen door Ispat. De aandelenoverdracht vond op 1 januari 1995 plaats. De koopprijs voor de aandelen ten bedrage van 10 miljoen DM werd aan de bedrijfsleider betaald, die dit bedrag onmiddellijk aan HLB afdroeg. Op instructie van HLB, die het recht had van de bedrijfsleider de overdracht van zijn aandelen in HSW te verlangen, droeg de bedrijfsleider deze over aan Ispat waarmee de vorderingen van de bank uit hoofde van de lening van 20 miljoen DM uit 1984 en van de lening van 275 000 DM aan de bedrijfsleider voor de betaling van de koopprijs van de aandelen van HSW werden voldaan.

In de loop van 1994 werd de kredietlijn vrijwel geheel opgebruikt. Op 15 september 1994 had HSW 173,7 miljoen DM van de kredietlijn gebruikt. Op 30 december 1994 had HSW de kredietlijn voor 166,7 miljoen DM aangesproken. Op 31 december 1994 had HLB een vordering op HSW uit hoofde van de kredietlijn ten bedrage van 154,1 miljoen DM, die volledig werd gedekt door de opdracht tot kredietverlening van FHH. De Duitse Regering lichtte niet toe, hoe en waarom er tussen deze beide data in mindere mate een beroep op de kredietlijn werd gedaan. De Duitse Regering deelde de Commissie niet mede of in 1994 de kredietmarge van 10 miljoen DM was benut.

HLB en Ispat sloten op de dag waarop de overeenkomst tussen Ispat en de bedrijfsleider inzake de overdracht van de aandelen werd ondertekend, een afzonderlijke overeenkomst. Deze overeenkomst, waarmee de verkoop van de uit de kredietlijn ontstane vorderingen van HLB op HSW aan Ispat werd vastgelegd, vormt het belangrijkste deel van de contractuele regelingen inzake de verkoop van HSW. Deze overeenkomst werd opgesteld in vergaande navolging van de standaardovereenkomsten die de toenmalige „Treuhandanstalt" — de met de privatisering van de toenmalige staatsbedrijven in Oost-Duitsland belaste publiekrechtelijke instantie — bij haar privatiseringen gebruikte. In de preambule van de overeenkomst wordt toegelicht dat FHH „zeer veel belang hecht aan de voortzetting van de bedrijfsactiviteit van HSW en daarmee aan het behoud van arbeidsplaatsen". Volgens de overeenkomst is het eigen vermogen van HSW negatief en komt „een verdere inbreng van liquide middelen door HLB [...] in de huidige situatie niet in aanmerking". Dientengevolge leek HSW aan de rand van een faillissement te staan.

De overeenkomst vermeldt voorts dat de leningen van HLB als eigen vermogen vervangende leningen moeten worden aangemerkt, dit wil zeggen dat zij bij het faillissement van de onderneming niet als faillissementsvordering worden behandeld, maar als eigen vermogen, dat door een aandeelhouder in de onderneming is ingebracht op een moment waarop deze aanvullend kapitaal nodig heeft om een faillissement te voorkomen. Volgens de overeenkomst wordt de totale vordering op HSW door HLB aan Ispat overgedragen tegen een koopprijs die aan de hand van een ingewikkelde formule moet worden vastgesteld. Het aan de hand van deze formule vastgestelde bedrag kan worden omschreven als de „liquidatie- en stilleggingswaarde". Dit is het bedrag dat Ispat zou kunnen verkrijgen wanneer zij zou besluiten de bedrijfsactiviteiten van HSW niet voort te zetten en alle installaties, voorraden en vorderingen onmiddellijk te gelde te maken. De met behulp van deze formule vastgestelde koopprijs wordt verminderd met de kosten van onstlag van ten hoogste honderd personeels- en directieleden van HSW, de kosten van bedrijfsbeëindiging van twee dochterondernemingen en een deel van de kosten van uitvoering van de overeenkomst. Voorts bepaalt de overeenkomst, dat Ispat verwacht dat FHH haar vrijwaart tegen alle vorderingen uit hoofde van milieuverontreiniging uit het verleden op het door HSW gebruikte terrein. HLB heeft aanvaard dat de saneringskosten op de koopprijs in mindering worden gebracht, wanneer deze vrijwaring niet plaatsvindt. De Duitse autoriteiten schatten de koopprijs, die tot nu toe nog niet is vastgesteld, op 44 tot 74 miljoen DM (28 tot 48 % van het benutte bedrag van de kredietlijn van HLB). Ispat zou de koopprijs niet onmiddellijk zelf behoeven op te brengen. Deze zou via een kredietrekening bij HLB, waarvoor een door Ispat te stellen bankgarantie als zekerheid zou dienen, en die ten vroegste op 31 december 1995 kon worden opgezegd, bereid worden gesteld.

Volgens de overeenkomst dient de koopster het bedrijf van HSW voort te zetten op het niveau van de gemiddelde produktie in 1994. Zij dient ervoor te zorgen dat HSW hoofdzakelijk kwaliteitsstaal produceert en moet ten minste 70 miljoen DM investeren. Voorts moet zij zorg dragen voor het behoud van 630 arbeidsplaatsen, moet zij ten minste tot eind 1999 een meerderheidsaandeel in HSW behouden, 30 miljoen DM eigen vermogen inbrengen en aanvaarden dat HLB toezicht uitoefent op de naleving van deze bepalingen. De naleving van deze verplichtingen, die tot eind 1999 gelden, wordt verzekerd door middel van contractueel vastgestelde sancties.

Met betrekking tot de in juli 1994 door de Commissie ingeleide procedure kwamen partijen overeen dat zij alle wettige middelen zouden aanwenden tegen eventuele door de Commissie in samenhang met de kredieten of de via FHH hiervoor gegeven garanties vastgestelde maatregelen. Zij kwamen overeen zo nodig de overeenkomst aan te passen, om het voortbestaan van HSW te waarborgen. HLB nam er kennis van „dat Ispat en HSW eventuele uit een beschikking van de Commissie voortkomende financiële lasten niet zullen dragen".

III

De Duitse Regering is van mening dat de financiële maatregelen van FHH en HLB met betrekking tot HSW geen staatssteun vormen.

Wat betreft de lening van 20 miljoen DM, die werd verstrekt om het aanvankelijke maatschappelijk kapitaal van HSW bijeen te brengen, gaf zij toe dat de staat hierbij een financieel risico heeft overgenomen, dat gelijk is aan dat van een eigenaar, die risicodragend kapitaal verstrekt. Zij is in deze van mening dat een particuliere investeerder in een markteconomie destijds op dezelfde wijze zou hebben gehandeld.

Na het faillissement van de oude Hamburger Stahlwerke GmbH hadden FHH en HLB 181 miljoen DM aan vorderingen uitstaan, die door de bevoegde rechter werden aangemerkt als afkomstig van eigen vermogen vervangende leningen. Het gevolg was, dat zij uitsluitend zouden zijn terugbetaald, wanneer in het kader van de faillissementsprocedure alle andere, preferente en niet-preferente crediteuren zouden zijn voldaan. De bewindvoerder had reeds zonder succes getracht een koper te vinden die bereid zou zijn geweest het bedrijf voort te zetten. Toen de rechtbank de faillissementsprocedure opende, besloten FHH en HLB de overname van het bedrijf tegen de voortzettingswaarde te ondersteunen, om zo de boedelwaarde zodanig te verhogen dat uiteindelijk althans een gedeelte van de uitstaande vorderingen zou kunnen worden geïnd. De Duitse autoriteiten zijn van oordeel dat een particuliere investeerder in een dergelijke situatie eveneens de benodigde financiering voor de voortzetting van het bedrijf ter beschikkingen zou hebben gesteld.

Bovendien is de Duitse Regering van mening, dat de in opdracht van FHH verstrekte lening van 20 miljoen DM wordt gedekt door de beschikkingen van de Commissie uit 1984 en 1985, waarmee staatsgaranties voor HSW tot een bedrag van maximaal 40 miljoen DM werden goedgekeurd. Op goedgekeurde garanties ten bedrage van 27 miljoen DM werd nooit een beroep gedaan, omdat de onderneming voor andere financieringsmogelijkheden had gekozen.

Wat de kredietlijn betreft, beklemtoonden de Duitse autoriteiten dat deze te allen tijde was gedekt door zekerheden die ook een particuliere bank voor een vergelijkbare kredietlijn als toereikend zou hebben beschouwd. De bank HLB, die staatseigendom is, werd uitsluitend gekozen omdat zij door haar bijzondere positie betere voorwaarden kan bieden dan particuliere banken. Dat van meet af aan 60 % van de kredietlijn was gedekt door de opdracht tot kredietverlening van FHH, werd verklaard doordat HSW geen eigen bedrijfsterrein heeft en dus geen onroerend goed als zekerheid kan aanbieden. HLB staat volgens de Duitse Regering bekend als een bijzonder voorzichtige bank, die er veel waarde aan hecht zelfs het geringste risico in verband met haar bedrijf uit te sluiten. Het feit dat HLB de extra zekerheid door de opdracht tot kredietverlening van FHH verlangde, wees er volgens de Duitse Regering niet op dat een particuliere bank een vergelijkbare kredietlijn niet zou hebben toegestaan zonder een dergelijke aanvullende zekerheid. Daarom moest de opdracht tot kredietverlening van FHH uitsluitend als een risicoverlegging van HLB naar FHH worden gezien, die uitsluitend een intern effect op de begroting van FHH zou hebben, maar niets met HSW had te maken. Derhalve is de Duitse Regering van mening, dat de kredietlijn in elk geval in de periode 1984 tot 1992 geen steun vormde.

Wat betreft de in opdracht van FHH in december 1992 verleende verruiming van de kredietlijn met 20 miljoen DM voor volledig risico van de overheid, wijst de Duitse Regering erop dat HLB voor de keuze stond, ofwel de voor de instandhouding van het bedrijf van HSW wenselijke verruiming van de kredietlijn in te willigen, ofwel de totaliteit van haar leningen als niet invorderbaar af te schrijven. De opdracht tot kredietverlening van FHH, waardoor de verbintenissen van HLB als door borgstelling worden gegarandeerd, moet uitsluitend worden gezien als het streven van FHH om de haar toebehorende onderneming HLB te ontheffen van de risico's als gevolg van de rechtspraak inzake eigen vermogen vervangende leningen. De opdracht tot kredietverlening was, aldus de Duitse Regering, niet de oorzaak van het besluit van de bank van december 1992 om de verruiming van de kredietlijn toe te staan. Een particuliere bank die voor de keuze staat haar leningen voort te zetten en te verruimen of haar totale financieringsinbreng te verliezen, zou hetzelfde besluit hebben genomen.

Ten aanzien van de verlenging van de kredietlijn in december 1993, de verruiming hiervan met 24 miljoen DM vermeerderd met een kredietmarge van 10 miljoen DM en de verruimde opdracht tot kredietverlening van FHH voor de algehele financiering van HSW, is de Duitse Regering van mening dat deze handelwijze van FHH vanuit het oogpunt van een zowel zakelijk als sociaal verantwoorde overbrenging van de onderneming naar de particuliere sector gerechtvaardigd was.

HLB was niet bereid haar financiële betrokkenheid voort te zetten, ook niet voor het bedrag van 52 miljoen DM, dat zij eerder beschikbaar had gesteld, met het vlottend vermogen van HSW als zekerheid. De Duitse Regering is van oordeel dat deze handelwijze is te verklaren door een nieuw arrest (1) over eigen vermogen vervangende leningen, waaruit kan worden geconcludeerd dat het totale door HLB verleende krediet een dergelijke eigen vermogen vervangende lening zou zijn en in geval van faillissement volledig verloren zou gaan.

FHH, die in verband met haar financiële betrokkenheid van 98 miljoen DM aan hetzelfde risico is blootgesteld, besloot de benodigde financiering beschikbaar te stellen, om althans een gedeeltelijke inning van de leningen en de voortzetting van de onderneming na een ordelijke overbrenging van de onderneming en het ondernemingsrisico naar de particuliere sector mogelijk te maken. De Duitse Regering is van mening dat deze verbintenis van FHH te vergelijken is met een hoog-risicodragende investering (junk bond), die volgens de berichten op de Amerikaanse financiële markt te verkrijgen is tegen een rente van 15 %. Zou de algehele financiering van HSW na december 1993 steun vormen, dan zou het bedrag hiervan zich, volgens de Duitse Regering, beperken tot deze rente, omdat de onderneming de mogelijkheid zou hebben gehad haar financiering via dergelijke Amerikaanse junk bonds te dekken.

(1) Deze uitspraak van het Bundesgerichtshof van 13 juli 1992, gepubliceerd op 2 oktober in Der Betreib 1992, blz. 2026, betrof een niet met de onderhavige zaak verband houdend geval, waarin een uitlener in een soortgelijke contractuele verhouding tot de debiteur stond als HLB tot HSW.

Aanvullend voerde de Duitse Regering nog dezelfde argumenten aan als met betrekking tot de verruiming van de kredietlijn met 20 miljoen DM in december 1992. Haars inziens zou een particuliere bank zich op dezelfde wijze hebben gedragen als FHH, toen deze besloot de totale kredietlijn, vermeerderd met een verruiming van 24 miljoen en een kredietmarge van 10 miljoen DM te garanderen.

IV

Hamburger Stahlwerke GmbH is een onderneming die onder artikel 80 van het EGKS-Verdrag valt, omdat zij de produkten vervaardigt die zijn vermeld in bijlage I bij het EGKS-Verdrag, waarmee het EGKS-Verdrag en de Staalsteuncode van toepassing werden.

Als staatssteun in de zin van artikel 4, onder c), van het EGKS-Verdrag geldt onder andere elke overdracht van openbare middelen aan overheids- of particuliere staalbedrijven in de vorm van deelnemingen, kapitaalinbreng of soortgelijke financieringsmaategelen, wanneer deze geen inbreng van risicodragend kapitaal volgens de in de markteconomie gebruikelijke investeringspraktijk met uitzicht op een toekomstige rentabiliteit of andere terugvloeiing van kapitaal naar de desbetreffende onderneming vormt (1).

Hamburger Stahlwerke GmbH was sinds haar oprichting in 1984 de facto een staatsbedrijf. De staat bracht het totale maatschappelijk kapitaal bijeen en bracht dit via HLB, de curator, de bedrijfsleider en Protei in de onderneming in. De bedrijfsleider en de curator, de beide aandeelhouders met zeggenschap over Protei, de enige aandeelhoudster van HSW, die tevens het beheer daarover voerde, waren gebonden aan strikt contractuele, uit de overeenkomst met HLB voortvloeiende verplichtingen, die hen het wezenlijk gedeelte van de normaal aan hun positie van aandeelhouder verbonden rechten ontnamen.

Door de in het jaar 1984 geschapen algehele contractuele situatie kwam de zeggenschap over HSW, via HLB, in handen van FHH. Het EGKS-Verdrag raakt echter, volgens artikel 83 van dit Verdrag, in geen enkel opzicht de regeling van de eigendom van ondernemingen, welke aan de bepalingen van dit Verdrag zijn onderworpen. Het staat de Lid-Staten vrij, staalondernemingen onder zeggenschap van de overheid te exploiteren.

Met betrekking tot de lening van 20 miljoen DM die FHH via HLB aan Protei ter beschikking stelde, om daarmee het aanvankelijke maatschappelijke kapitaal van HSW op te brengen, moet worden vastgesteld dat het beschikbaar stellen van deze lening gelijk te stellen valt met een rechtstreekse inbreng van eigen vermogen. De overeenkomst tussen de bank in staatseigendom, die handelde op instructie van FHH, en de leners bepaalde dat de staat utisluitend aflossing en rente zou ontvangen, wanneer HSW winst zou maken. Op basis van deze bepalingen werd gedurende een periode van tien jaar slechts 2,8 miljoen DM aan aflossing en 2,7 miljoen DM aan rente betaald. De verkoop van de in plaats van betaling van de lening aanvaarde aandelen van de vennootschap leverde een bedrag van nog eens 10 miljoen DM op, zodat het uiteindelijke verlies van FHH in verband met de lening voor dit aanvangskapitaal 4,5 miljoen DM bedraagt zonder rekening te houden met een normaliter te verwachten rentebetaling. De bepalingen met betrekking tot de over de lening voor het maatschappelijk kapitaal te betalen aflossing en rente zijn vergelijkbaar met de dividenden die een investeerder die risicodragend kapitaal in een vennootschap met beperkte aansprakelijkheid inbrengt, mag verwachten. De lening dient derhalve als inbreng van eigen vermogen te worden aangemerkt.

Het argument van de Duitse Regering dat ook een particuliere investeerder bereid zou zijn geweest aan HSW eigen vermogen ter beschikking te stellen om de voortzetting van het bedrijf van de oude Hamburger Stahlwerke GmbH mogelijk te maken, is niet overtuigend. De Commissie is bij de beoordeling van de vraag, of een bepaalde beschikbaarstelling van openbare middelen strookt met de normale markteconomische praktijk, steeds uitgegaan van het gedrag van particuliere kapitaalverstrekkers, die zich in precies dezelfde positie bevinden als de staat. De bewindvoerder heeft een jaar lang zonder succes getracht een particuliere investeerder voor de overname van het bedrijf te vinden. De reacties van de in het kader van deze pogingen ter zake van een overname benaderde mogelijke kapitaalverstrekkers tonen aan, dat een particuliere investeerder die geen bijzondere relatie met de oude Hamburger Stahlwerke GmbH had, geen risicodragend kapitaal beschikbaar zou hebben gesteld om een „opvangonderneming" te financieren.

Toen de Commissie in 1984 een onderzoek instelde naar de met het door de Duitse Regering opgestelde herstructureringsplan gemoeide staatssteun, werd de onderneming als economisch levensvatbaar beschouwd, omdat men de als vaststaand aangenomen bedoeling van de particuliere investeerder Protei om eigen vermogen in te brengen als voldoende bewijs hiervoor beschouwde. De steun waardoor de onderneming economisch levensvatbaar zou worden, leek zich te beperken tot het voor de herstructurering van HSW benodigde bedrag. Het feit dat zelfs in het vooruitzicht van de beschikbaarstelling van deze aanzienlijke steun (het voornemen om de steun te verlenen was al in 1982 aan de Commissie medegedeeld) geen particuliere investeerder voor de overname van het bedrijf van de oude Hamburger Stahlwerke GmbH werd gevonden, bevestigt dat een particuliere kapitaalverstrekker niet bereid zou zijn geweest risicokapitaal in te brengen.

Het feit dat HLB ook aan de financiering van de nieuwe HSW bijdroeg, duidt niet op het tegendeel. HLB heeft de lening op grond van de kredietlijn niet beschikbaar gesteld onder voorwaarden waardoor deze reeds vanaf het eerste begin als met eigen vermogen vergelijkbaar had

(1) Zie het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, Zaak C-40/85, België/Commissie, Jurispr. 1986, blz. 2321, 2345; Zaak C-303/84, Italië/Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-1433, I-1476 (ENI Lanerossi); Beschikking nr. 3855/91/EGKS van de Commissie van 27 november 1991, PB nr. L 362 van 31. 12. 1991, blz. 57, deel II, vijfde overweging; mededeling van de Commissie aan de Lid-Staten betreffende openbare bedrijven, PB nr. C 307 van 13. 11. 1993, blz. 3, punt 10 — 21.

kunnen worden aangemerkt. HSW moest ook in de jaren waarin zij geen winst maakte, rente betalen. De bank verkreeg bovendien zekerheden als garantie voor haar lening, die, in elk geval zolang de lening niet als vervanging voor eigen vermogen was aan te merken, hun waarde behielden.

Derhalve kan worden vastgesteld, dat de door FHH via HLB en Protei verstrekte lening van 20 miljoen DM om het initiële eigen vermogen van HSW op te brengen, als staatssteun is aan te merken.

De Commissie heeft in 1984 en 1985 staatsgaranties ten behoeve van HSW voor een bedrag van maximaal 40 miljoen DM goedgekeurd. Garanties voor maximaal 27 miljoen DM werden nooit opgenomen. Aangezien naar Duits recht een opdracht tot kredietverlening leidt tot aansprakelijkheid van de opdrachtgever overeenkomstig de voor borgtocht geldende bepalingen (§§ 778, 765 e.v. BGB) kan de opdracht tot kredietverlening van FHH als borgstelling worden beschouwd. De door de opdracht ontstane verplichting is dezelfde als die welke onstaat door borgstelling. De met de lening voor het aanvankelijke maatschappelijk kapitaal van 20 miljoen DM gemoeide steun wordt derhalve bestreken door de goedkeuringen van de Commissie in de jaren 1984/1985.

Wat de door HLB sinds 1984 toegestane, verregaand door de kredietopdracht van FHH gegarandeerde kredietlijn aangaat, moet allereerst de structuur van de met de oprichting van de nieuwe HSW als opvangonderneming verbonden financiële voorzieningen worden onderzocht.

Toen de faillissementsprocedure met betrekking tot de oude HSW werd geopend, werd duidelijk dat de vorderingen van HLB ten bedrage van 52 miljoen DM en van FHH van 129 miljoen DM op de oude HSW niet zouden worden voldaan.

De achtergrond hiervan was, dat zowel de leningen van FHH als die van HLB als eigen vermogen vervangend werden aangemerkt, zodat zij in het kader van de faillissementsprocedure pas na voldoening van alle preferente en niet-preferente crediteuren terugbetaling zouden hebben verkregen. De sluiting van de onderneming zou tot kosten hebben geleid voor de ontruiming van het bedrijfsterrein, kosten voor een afvloeiingsregeling en voor de verkoop van de boedel tegen de liquidatiewaarde, die duidelijk lager onder de voortzettingswaarde ligt.

Onder deze omstandigheden was HLB bereid aan de financiering van de nieuwe HSW deel te nemen in de vorm van een lening, om althans een gedeeltelijke voldoening van haar uitstaande vorderingen mogelijk te maken. Uiteindelijk werd 90 % van de uitstaande 52 miljoen DM terugbetaald. Het besluit van HLB om voor eigen risico een lening van gelijke omvang, 52 miljoen DM, beschikbaar te stellen, om een constructie te financieren die tot dit resultaat leidde, lijkt economisch verstandig.

FHH verstrekte, via HLB, de lening voor het maatschappelijk kapitaal van 20 miljoen DM, garandeerde 78 miljoen DM van de kredietlijn ter financiering van de activiteiten van de nieuwe HSW en bood zelf aan voor ongeveer 23,5 miljoen DM steun te financieren (de rest van de steun moest uit de federale begroting worden gefinancierd) alsmede garanties voor maximaal 40 miljoen DM. Het totale bedrag van de bijdragen van FHH, zonder garanties, bedraagt derhalve ongeveer 121,5 miljoen DM.

Het is dan ook duidelijk dat HLB en FHH uitsluitend voornemens waren een bedrag voor de voortzetting van het bedrijf in het kader van een opvangonderneming beschikbaar te stellen, dat overeenstemde met hun uitstaande vorderingen, om zo een oplossing mogelijk te maken, waardoor bijkomende sluitingskosten konden worden voorkomen.

HLB kreeg uiteindelijk 90 % van haar vordering op het oude HSW terugbetaald. FHH verkreeg een terugbetaling van 60 % van haar oude vordering. Het essentiële verschil werd in deze gevormd door de structuur van de zekerheden die HLB en FHH als onderpand voor de kredietlijn hadden verkregen. HLB, die formeel ook kredietverlener was voor het in opdracht van FHH verleende deel van de kredietlijn van 78 miljoen DM, verkreeg zekerheden door de eigendomsoverdracht tot zekerheid van het vlottende kapitaal en de zekerheidscessie van de vorderingen van HSW. Daar de opdracht tot kredietverlening van Hamburg aan HLB ertoe leidde, dat FHH verplicht was alle uitgaven van de bank in verband met het aandeel van 78 miljoen DM in de kredietlijn te vergoeden, zouden de zekerheden dit deel van de kredietlijn alleen hebben gedekt, voor zover hun waarde het bedrag van de door HLB voor eigen risico verstrekte lening overtrof. Aangezien de zekerheden volgens de waarde bij bedrijfsvoortzetting werden gewaardeerd op 144 miljoen DM in 1984 tot 204 miljoen DM in 1994, kan worden aangenomen dat de executiewaarde van de zekerheden altijd meer bedroeg dan 52 miljoen DM. Het feit dat de koopprijs die Ispat op basis van het contract moet betalen, thans op 44 tot 74 miljoen DM wordt geraamd, ondersteunt deze gevolgtrekking. HLB verleende de kredietlijn met zekerheden die altijd haar betaling bij voorrang garandeerden, voordat FHH van de zekerheden zou profiteren.

In de periode tussen 1984 tot 1992, toen de roulerende kredietlijn werd toegekend en regelmatig werd verlengd, verkeerde de nieuwe HSW niet in zodanige financiële problemen dat zij behoefte had aan verdere inbreng van eigen vermogen door haar aandeelhouders om een faillissement te voorkomen. De onderneming had voldoende eigen vermogen om haar gedeeltelijk verliesmakende activiteiten te dekken. Daarom had HLB geen reden te vrezen voor het verlies van de zekerheden ingevolgde de Duitse rechtsopvatting betreffende eigen vermogen vervangende leningen, ook al was de contractuele constructie voor de oprichting van de nieuwe HSW een duidelijke poging deze situatie te omzeilen.

De oorspronkelijke berekening van HLB en FHH met betrekking tot de mogelijkheid terugbetaling van de uitstaande vorderingen op de oude HSW te verkrijgen, bleek juist. HLB kreeg een terugbetaling van 90 % van haar uitstaande vordering, die in het kader van het faillissement van de oude HSW niet werd gegarandeerd en verving deze door een nieuwe vordering voor hetzelfde bedrag op basis van de op eigen risico verleende kredietlijn, die nu echter door de nieuwe HSW werd gegarandeerd. Alleen wanneer de financiële situatie van HSW zozeer zou zijn verslechterd dat nieuw eigen vermogen had moeten worden ingebracht, had HLB rekening moeten houden met soortgelijke problemen als bij het faillissement van de oude HSW, omdat dan de rechtspraak inzake eigen vermogen vervangende leningen relevant zou zijn geworden. Toen HLB het krediet verleende, was zij zeker van twee dingen: ten eerste was de contractuele constructie voor de oprichting van de nieuwe HSW destijds nog niet ruim bekend als een mogelijkheid de voorschriften inzake eigen vermogen vervangende leningen te omzeilen, zodat in geval van faillissement een eventuele latere curator rekening zou moeten houden met een procesrisico. Ten tweede — en dat is nog belangrijker — had FHH zich duidelijk bereid verklaard de nieuwe HSW in bedrijf te houden om arbeidsplaatsen zeker te stellen. HLB kon redelijkerwijze aannemen dat FHH bereid zou zijn HSW in geval van verslechtering van haar financiële positie te helpen.

Deze conclusies werden ondersteund door het optreden van FHH in december 1992 en december 1993, toen HSW in financiële moeilijkheden kwam en extra liquiditeit nodig had om haar bedrijf te kunnen voortzetten. In december 1992 had HSW een verruiming van de kredietlijn van 20 miljoen DM nodig, nadat zij in 1991 en 1992 8,5 miljoen DM en 19,8 miljoen DM verlies had geleden. HLB en FHH moesten beslissen of de kredietlijn zou worden verlengd en of de aangevraagde verruiming zou worden verleend. HLB besloot de op eigen risico, zonder de dekking van de opdracht tot kredietverlening van FHH verleende kredietlijn van 52 miljoen DM te verlengen, maar weigerde deel te nemen aan een verruiming van de kredietlijn. FHH besloot niet alleen de opdracht tot kredietverlening met betrekking tot het aandeel van 78 miljoen DM te vernieuwen, maar droeg ook HLB op de benodigde verruiming met 20 miljoen DM toe te staan. FHH verhoogde zo haar dekking van het risico van de kredietlijn van 60 tot 65,4 %.

Tegen de achtergrond van de oprichting van de nieuwe HSW lijkt de houding van HLB begrijpelijk. HLB had zich bereid verklaard 52 miljoen DM van de kredietlijn beschikbaar te stellen, hetzelfde bedrag dat zij via de gefinancierde opvangoplossing wilde terugkrijgen. In december 1992, acht jaar na de inleiding van de faillissementsprocedure inzake de oude HSW, was reeds duidelijk dat HLB erin was geslaagd 90 % van haar vordering op de oude HSW terugbetaald te krijgen. Zij wilde klaarblijkelijk geen verdere financiering voor de nieuwe HSW ter beschikking stellen, met name gezien de zeer kritieke situatie op de gehele Europese staalmarkt, en weigerde dientengevolge de kredietlijn voor eigen risico te verruimen.

Het argument van de Duitse Regering dat een particuliere bank de benodigde verruiming van de kredietlijn zou hebben verleend, omdat anders de totale lening verloren was geweest, is niet overtuigend. De financiële betrokkenheid van HLB bij de verlening van een deel van de kredietlijn van HLB was op geen enkel moment vergelijkbaar met de lening van een normale particuliere bank, die de activiteiten van een onderneming financiert. De hierboven vermelde conclusie dat HLB vertrouwde op de bereidheid van FHH HSW in bedrijf te houden teneinde een kernbedrijf voor de stad te behouden, wordt door de opstelling van de bank en de stad in december 1992 gesteund.

Het argument van de Duitse Regering dat HSW geen profijt heeft getrokken uit de opdracht tot aanvullende kredietverlening is niet steekhoudend. Volgens de Duitse autoriteiten had de onderneming het bedrag nodig om te voorkomen dat zij insolvent zou worden. Daar alle beschikbare zekerheden reeds bij HLB berustten, zou zij geen normale particuliere bank hebben kunnen vinden die extra leningen zou hebben verstrekt. De garantie voor de aanvullende kredietlijn van 20 miljoen DM vormde niet louter een interne verschuiving van risico's tussen HLB en FHH om financiële problemen van HLB te vermijden. De verruiming van de kredietlijn was op dat tijdstip voor het overleven van HSW van doorslaggevend belang en was dus in het voordeel van de onderneming zelf.

In 1993 behaalde HSW opnieuw een negatief bedrijfsresultaat van 24,4 miljoen DM, een groter verlies dan ooit tevoren sinds haar oprichting in 1984. De door de kredietcommissie van FHH ter voorbereiding van haar besluit ingeschakelde deskundige stelde in december 1993/januari 1994 vast dat HSW aan de rand van een faillissement stond en dat privatisering van de onderneming de beste oplossing was om de verliezen van FHH te beperken en de arbeidsplaatsen te behouden.

Opnieuw moesten HLB en FHH beslissen of zij de rollerende kredietlijn zouden verlengen en de benodigde verruiming van 24 miljoen DM zouden toestaan. HLB besloot de op eigen risico verleende kredietlijn niet te verlengen en geen verdere financiering beschikbaar te stellen. FHH besloot daarentegen het totale met HSW gemoeide economische risico over te nemen en gaf HLB opdracht begin 1994 een kredietlijn van 174 miljoen DM en een kredietmarge van 10 miljoen DM beschikbaar te stellen.

De Duitse Regering is van mening dat de beslissing van de bank in wezen was terug te voeren op een recent gepubliceerd arrest, volgens hetwelk de lening van HLB als vervanging van eigen vermogen moest worden beschouwd. Deze argumentatie is niet overtuigend.

Genoemd arrest werd al op 2 oktober 1992, dus vóór het besluit van HLB van december 1992 om de kredietlijn van 52 miljoen DM te verlengen, in een bekend juridisch vaktijdschrift gepubliceerd. Bovendien is het niet waarschijnlijk dat de directie van HLB niet heeft gemerkt dat de contractuele constructie van 1984 niets anders was dan

een poging opnieuw de juridische problemen met de eigen vermogen vervangende leningen te vermijden, die HLB ook al in het kader van het faillissement van de oude HSW had gehad. De ervaringen na het faillissement van de oude HSW hebben uitgewezen, dat elke financiering van HSW in een financieel moeilijke situatie, in combinatie met een zekere nauwe relatie tot de aandeelhouders of elk soort van indirect aandeelhouderschap in geval van faillissement ertoe zou leiden dat leningen als eigen vermogen worden behandeld. De contractuele constructie bij de oprichting van de nieuwe HSW leidde tot een dergelijk indirect aandeelhouderschap daar de eigenlijke aandeelhoudster van HSW, Protei, haar wezenlijke rechten als aandeelhoudster waren ontnomen ten gunste van de bank. De bank had, zoals hierboven vermeld, een beslissende invloed op het lot van de onderneming. Het verschil met een trustee als aandeelhouder is niet belangrijk, met name gezien de economische achtergrond van de Duitse rechtspraak inzake kapitaalvervangende leningen.

Deze contractuele constructie was kennelijk bedoeld om de regels inzake kapitaalvervanging te omzeilen. Deze regels voorzien in elk geval in doeltreffende maatregelen om dit soort ontduiking tegen te gaan. Elke curator zou deze poging tot ontduiking zonder meer voor de burgerlijke rechter hebben kunnen aantonen. Het lijkt dan ook redelijk aan te nemen dat de leiding van de bank van meet af aan heeft geweten dat de zekerheden in geval van faillissement tenminste aanzienlijk gevaar zouden lopen. Zij verwachtte echter niet met een faillissement te worden geconfronteerd, omdat de stad vooralsnog bereid was de onderneming in bedrijf te houden. Het deskundigenrapport van december 1993/januari 1994 aan de kredietcommissie van FHH beval echter nadrukkelijk aan, de financiële betrokkenheid van FHH bij HSW te beëindigen, zodat deze verwachting niet meer redelijk was. Onder deze omstandigheden kon de bank niet meer verwachten dat FHH een faillissement hoe dan ook zou voorkomen. De directie van HLB besloot dientengevolge haar financiële betrokkenheid te beëindigen en de verdere financiering aan FHH over te laten.

De Duitse Regering is voorts van mening, dat de houding van de Staat vanuit het oogpunt van een zowel economisch als sociaal verantwoorde overbrenging van de onderneming naar de particuliere sector gerechtvaardigd is.

De Commissie heeft deze aspecten met name gelet op de arresten van het Hof van Justitie in de zaken C-303/88, reeds aangehaald, en C-305/89 [1] in aanmerking genomen. Het Hof heeft in die arresten onder meer beklemtoond, dat kapitaalinbreng door een publieke kapitaalverstrekker, waarbij wordt afgezien van elk uitzicht op rentabiliteit, zelfs op langere termijn, als steun moet worden aangemerkt. Ook gezien de andere, in de arresten van het Hof in de zaken C-303/88 en C-305/89 vermelde aspecten van het mogelijke gedrag van particuliere investeerders, zijn de door FHH via HLB in het kader van de kredietlijn verstrekte leningen niet verenigbaar met het gedrag van normale particuliere investeerders. Uit de omstandigheden van de onderhavige zaak blijkt duidelijk dat er nooit uitzicht is geweest op een door normale investeerders verwachte rentabiliteit op korte of langere termijn voor de financieringen door FHH.

Bovendien dient te worden herinnerd aan de uitspraak van het Hof in de gevoegde zaken C-278/92, C-279/92 en C-280/92 [2], volgens welke een particuliere investeerder enkel met het oog op en in verband met de verkoop van een onderneming hierin geen extra eigen vermogen zou inbrengen, daar de verkoop van de onderneming hem elk vooruitzicht op toekomstig rendement, zelfs op langere termijn, zou ontnemen. FHH besloot in december 1993, op advies van het deskundigenrapport, aan te dringen op de privatisering van HSW. De leningen waren bedoeld om insolventie, en daarmee een faillissement, gedurende de voorbereiding van de privatisering te vermijden. Er werd niet verwacht dat privatisering zonder de afschrijving van een zeer aanzienlijk deel van de vorderingen op HSW mogelijk zou zijn.

Het vooruitzicht alle vorderingen op HSW te verliezen, wanneer de onderneming failliet zou gaan, vormde voor HLB onvoldoende reden om haar financiële betrokkenheid voort te zetten. De bank had dank zij de voortzetting van het bedrijf van de oude HSW door de nieuwe HSW 90 % van haar vorderingen op de oude HSW terugbetaald gekregen. FHH had in het kader van deze oplossing 77 miljoen DM op haar vordering terugbetaald gekregen, overeenkomend met 93,7 % van het oorspronkelijke door de Staat gegarandeerde krediet. De overige financiële bijdragen van FHH bij de oprichting van de nieuwe HSW, die, zoals hierboven vermeld, de rest van haar nog uitstaande totale vordering op de oude HSW uitmaakten, werden toch al als een niet-terugbetaalbare subsidie beschouwd en was door de Commissie als steun toegestaan. Het faillissement van de nieuwe HSW zou dan ook geen extra, onverwacht verlies hebben opgeleverd. Aangezien FHH in 1984 de mening van de bank deelde, dat de bijdragen om de voortzetting van het bedrijf van de oude HSW mogelijk te maken, economisch verstandig zouden zijn, omdat hierdoor de terugbetaling van de uitstaande vorderingen op de oude HSW mogelijk werd, zou het derhalve ook verstandig zijn geweest de financiële betrokkenheid te beëindigen, nadat de oude vorderingen waren afgelost.

Alles in aanmerking genomen, kan echter niet volledig worden uitgesloten dat het handelen van FHH met betrekking tot de kredietlijn voor HSW in de jaren 1984 tot eind 1992 in overeenstemming was met de normale handelwijze van een investeerder in een vergelijkbare situatie. Ook de directie van HLB die verplicht was gezonde bedrijfsvoeringscriteria toe te passen, werd door de redelijke kans op althans gedeeltelijke terugbetaling van een oninbare vordering ertoe gebracht een kredietlijn toe te staan, die overeenkwam met het bedrag van de vordering op de oude HSW. De situatie van HLB en FHH na het faillissement van de oude HSW was zeer ongebruikelijk.

[1] Italië/Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-1603 (*Alfa Romeo*).

[2] Spanje/Commissie (Hytasa), Jurispr. 1994, blz. I-4103, zie EuZW 1994, blz. 694.

Het kan niet worden uitgesloten, dat de hierboven beschreven verschillen met betrekking tot de zekerheden zo beperkt waren, dat het handelen van FHH in wezen als in overeenstemming kan worden beschouwd met hetgeen door de directie van HLB verstandig werd geacht. Wanneer uitsluitend de respectieve aandelen in de kredietlijn worden beschouwd, blijken zowel HLB als FHH bijna het gehele door hen ingezette bedrag te hebben teruggekregen. HLB verleende 60 % van de kredietlijn in opdracht van FHH. De bank werd in dit opzicht door FHH gebruikt als middel om de kredietlijn te verlenen; de leningen werden door FHH via HLB aan HSW verstrekt. Daarom moeten de op grond van de kredietlijn verstrekte leningen worden aangemerkt als leningen van FHH. Een extra vergoeding, zoals bij borgstelling te verwachten zou zijn, wordt dan ook door de Commissie niet als noodzakelijk beschouwd. De Commissie komt derhalve tot de conclusie, dat de door HLB in opdracht van FHH in de jaren 1984 tot eind 1993 versterkte kredietlijn van 78 miljoen DM geen staatssteun vormde.

Met betrekking tot de verruiming van de kredietlijn met 20 miljoen DM in december 1992 valt vast te stellen dat deze een situatie leidde waarin voor FHH een bedrag op het spel stond dat hoger was dan haar oorspronkelijke vordering op de oude HSW, zodat de speciale economische achtergrond voor de opvangoplossing niet als verklaring voor dit gedrag kan dienen. Na de zware verliezen van HSW in de jaren 1991 en 1992 werd de financiële positie van de onderneming steeds slechter. De Europese staalsector bevond zich in de moeilijkste fase sinds de helft van de jaren tachtig. Deze problemen werden veroorzaakt door de algemene teruggang van de conjunctuur en een sterke verstoring van het evenwicht tussen vraag en aanbod, structurele overcapaciteit en een dienovereenkomstige daling van de prijzen. Al deze factoren hebben ertoe bijgedragen dat de financiële positie van bijna alle staalbedrijven in de Gemeenschap slechter werd. In dit economische klimaat heeft HLB er dan ook van afgezien het op eigen risico verstrekte deel van de kredietlijn uit te breiden.

Met betrekking tot de verlenging en de verruiming van de kredietlijn in december 1993, en het feit dat FHH, na de weigering van HLB zelfs haar tot dan toe geldende financiële betrokkenheid voort te zetten, ermee instemde het totale uit de financiering van HSW voortvloeiende risico over te nemen, moet worden vastgesteld dat HLB de specifieke achtergrond van de oorspronkelijke financiering van de nieuwe HSW niet meer als voldoende beschouwde om het aan de voortzetting van HSW verbonden economische risico te rechtvaardigen.

De onderneming stond op de rand van het faillissement. Voor 1994 werden verdere zware verliezen verwacht. De situatie op de staalmarkt was niet wezenlijk verbeterd. Het deskundigenrapport had uitsluitend een beperking van de verliezen bij privatisering in het vooruitzicht gesteld. Onder deze omstandigheden besloot de directie van HLB haar financiële betrokkenheid te beëindigen en eventueel ook het faillissement te aanvaarden, wanneer FHH zich op dezelfde manier zou opstellen en ook haar financiering zou beëindigen. Dit totaalbeeld laat duidelijk zien dat geen enkele particuliere investeerder in de situatie van einde 1993 nieuw kapitaal aan HSW ter beschikking zou hebben gesteld. De mogelijke eerdere specifieke rechtvaardiging voor de verlening van de kredietlijn werd door de enige partner van FHH, die zich in een zelfde positie bevond, niet meer als toereikend beschouwd om HSW verder te financieren. Bijgevolg moet worden vastgesteld, dat het gedrag van FHH niet kan worden gelijkgesteld met het gedrag van een normale investeerder in een markteconomie.

Derhalve vormt het gedrag van FHH, toen zij HLB opdroeg HSW, voor volledige risico van FHH begin 1994 een kredietlijn van 174 miljoen DM en een kredietmarge van 10 miljoen DM ter beschikking te stellen, met het EGKS-Verdrag en de Staalsteuncode onverenigbare staatssteun. Niet een preferentiële behandeling bij de rente, maar het beschikbaar gestelde bedrag zelf moet als het steunelement van deze lening worden beschouwd.

De leningen zijn te vergelijken met de rechtstreekse inbreng van eigen vermogen, aangezien het bedrag van de leningen zelf volgens de regels inzake eigen vermogen vervangende leningen moet worden behandeld als door een aandeelhouder van een in economische moeilijkheden verkerende vennootschap met beperkte aansprakelijkheid ingebracht eigen vermogen.

Volgens artikel 4, onder c), van het EGKS-Verdrag is door de Staten verleende steun aan staalondernemingen verboden. De Staalsteuncode, waartoe overeenkomstig artikel 95 van het EGKS-Verdrag met eenstemmige instemming door de Raad is besloten, bepaalt dat bepaalde soorten steun kunnen worden beschouwd als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt. Hiertoe behoren onder meer steun voor onderzoek en ontwikkeling (artikel 2), ten behoeve van de milieubescherming (artikel 3) en bij sluiting (artikel 4), alsmede op algemene regelingen berustende regionale steunmaatregelen voor investeringen in bepaalde gebieden van de Gemeenschap (artikel 5). De aan HSW verleende steun valt niet onder een van deze categorieën. Steun voor reddings- en herstructureringsmaatregelen kan volgens de Staalsteuncode niet als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden beschouwd.

Iedere onrechtmatig verleende steun moet in beginsel van de begunstigde onderneming worden teruggevorderd. De terugbetaling dient te geschieden volgens de procedures en de bepalingen van het Duitse recht, met rentebetaling vanaf de datum waarop de steun werd verleend en ter hoogte van het bij het onderzoek van regionale steunregelingen gehanteerde referentiepercentage.

Met betrekking tot de berekening van het steunbedrag betoogt de Duitse Regering dat HSW ook de mogelijkheid had gehad haar activiteiten te financieren via de op de Amerikaanse geldmarkt beschikbare hoogrentende obligaties. Dit argument is niet steekhoudend, daar de inbreng van risicokapitaal in een in economische moeilijkheden verkerende onderneming in een traditionele bedrijfstak niet is te vergelijken met de particuliere finan-

ciering van risicovolle investeringen, die in een innoverende markteconomie nodig zijn om de ontwikkeling van nieuwe technologieën of het scheppen en veroveren van nieuwe markten mogelijk te maken. Bedrijven die een zekere kans hebben markten met zeer goede winstmogelijkheden te veroveren, kunnen gebruik maken van particuliere instrumenten voor risicofinanciering. Het is algemeen bekend dat de financiële resultaten van staalbedrijven van sterk cyclische aard zijn en de gemiddelde voorzichtige investeerder verlangt daarom een waarborg als zekerheid voor terugbetaling uit de winst of uit de cash flow voor de gehele economische cyclus, in plaats van risicokapitaal zonder zekerheden beschikbaar te stellen, zonder dat dit hem specifiek uitzicht biedt op deelneming aan een veelbelovende toekomstmarkt.

Met betrekking tot de berekening van het steunbedrag is de Duitse Regering voorts van mening dat het bedrag dat HSW in december 1993 via normale bankleningen had kunnen financieren, van het totale door FHH beschikbaar gestelde bedrag moet worden afgetrokken.

Het is mogelijk dat de onderneming een deel van haar financiering had kunnen dekken door middel van leningen van particuliere banken, ingeval HLB en FHH de zekerheden hadden vrijgegeven. Een particuliere bank zou echter geen lening hebben verstrekt die onder de bepalingen inzake eigen vermogen vervangende leningen zou vallen. De Duitse Regering verklaarde dat alle in het kader van de kredietlijn verstrekte leningen onder deze bepalingen vielen. Daarom kon het gedrag van FHH, ook met het oog op een onbekend deel van de kredietlijn, niet worden vergeleken met een hypothetische lening die een bank mogelijkerwijze in december 1993 zou hebben verstrekt.

De voorwaarden voor de verkoop van HSW aan Ispat behelzen een feitelijke afstand van vorderingen die op een in het kader van de kredietlijn verstrekte leningen berusten. Ispat zou voorts een bepaalde koopprijs voor de vorderingen betalen. HSW is na de overname van het gehele aandelenkapitaal door Ispat economisch in de Ispat-groep geïntegreerd, zodat de betalingen van Ispat om de vorderingen over te nemen en daarmee HSW van haar verbintenissen te ontheffen, economisch aan HSW kunnen worden toegerekend. De Commissie heeft derhalve, op basis van een economische beoordeling en om geen terugbetaling te verlangen van een hoger bedrag dan het door HSW ten onrechte verkregen economisch voordeel, besloten de koopprijs die Ispat uiteindelijk op basis van de contractuele regelingen zal betalen, als een deel van de terugbetaling van de steun aan te merken.

V

Samenvattend stelt de Commissie derhalve vast, dat de op basis van de verruiming van de kredietlijn van 20 miljoen DM in december 1992 verstrekte leningen en de op basis van de in december 1993 overeengekomen totale kredietlijn van 174 miljoen DM en een kredietmarge van 10 miljoen DM verstrekte leningen, zijn aan te merken als staatssteun die niet verenigbaar is met het EGKS-Verdrag en de Staalsteuncode. De steun dient te worden teruggevorderd. De terugbetaling dient te geschieden volgens de procedures en bepalingen van het Duitse recht met inbegrip van rente „pro rata temporis" vanaf de datum waarop de steun werd verleend en ter hoogte van het bij de beoordeling van regionale steunregelingen gehanteerde referentiepercentage. Rente die op basis van de overeenkomst inzake de kredietlijn reeds werd betaald, wordt in mindering gebracht. De koopprijs die Ispat uiteindelijk voor de overdracht van de vorderingen door HLB zal betalen, moet worden gezien als onderdeel van de terugbetaling van de steun,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

De inbreng van 20 miljoen DM in het aanvankelijke maatschappelijk kapitaal van de Hamburger Stahlwerke GmbH, die plaatsvond in de vorm van een lening van de Freie und Hansestadt Hamburg, via de Hamburgische Landesbank Girozentrale, aan de aandeelhouders van Protei Produktionsbeteiligungen GmbH & Co KG en aan deze onderneming zelf vormt staatssteun. Deze steun werd reeds in 1984/1985 door de Commissie goedgekeurd.

Artikel 2

De aan Hamburger Stahlwerke GmbH op basis van de verruiming van de door de Hamburgische Landesbank Girozentrale in opdracht van de Freie und Hansestadt Hamburg verleende kredietlijn met 20 miljoen DM in december 1992 verstrekte leningen en de aan Hamburger Stahlwerke GmbH op basis van de in december 1993 door de Hamburgische Landesbank Girozentrale in opdracht van de Freie und Hansestadt Hamburg verleende totale kredietlijn van 174 miljoen DM en een kredietmarge van 10 miljoen DM verstrekte leningen vormen staatssteun die onverenigbaar is met het EGKS-Verdrag en de Staalsteuncode.

Artikel 3

Duitsland dient de in artikel 2 vermelde steun van de begunstigde onderneming terug te vorderen. De terugbetaling geschiedt volgens de procedures en bepalingen van het Duitse recht met inbegrip van rente „pro rata temporis" vanaf de datum waarop de steun werd verleend en ter hoogte van het bij de beoordeling van regionale steunregelingen gehanteerde referentiepercentage. Rente die op basis van de overeenkomst reeds over de kredietlijn werd betaald, wordt in mindering gebracht. De koopprijs die Venuda Investments BV voor de overdracht van de vordering van de Hamburgische Landesbank Girozentrale zal betalen, wordt als onderdeel van de terugbetaling van de steun aangemerkt.

Artikel 4

Duitsland deelt de Commissie binnen twee maanden na kennisgeving van deze beschikking mede welke maatregelen werden getroffen om aan deze beschikking te voldoen.

Artikel 5

Deze beschikking is gericht tot de Bondsrepubliek Duitsland.

Gedaan te Brussel, 31 oktober 1995.

Voor de Commissie
Karel VAN MIERT
Lid van de Commissie