KOMMISSIONENS BESLUT

av den 20 oktober 2004

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

[delgivet med nr K(2004) 3926]

(Endast den tyska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2006/738/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR FATTAT DETTA BESLUT

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

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

efter det att medlemsstaten och andra berörda parter har givits tillfälle att yttra sig ([1]) i enlighet med ovanstående bestämmelser och med beaktande av de synpunkter som därvid lämnats, och

av följande skäl:

I. FÖRFARANDE

(1) Förfarandet avser en överföring av tre s.k. treuhandbolag (Landestreuhandstellen, LTS) via Niedersachsen till Norddeutsche Landesbank – Girozentrale (nedan kallad ”NordLB”). Förfarandet hänger samman med sex andra förfaranden mot Tyskland avseende överföringar av tillgångar till delstatsbanker, särskilt Westdeutschen Landesbank Girozentrale (nedan kallad ”WestLB”).

(2) Den 12 januari 1993 sände kommissionen Tyskland en begäran om upplysningar om en kapitalökning vid WestLB genom samgående med Wohnungsbauförderanstalt (”WfA”) och liknande ökningar av eget kapital vid delstatsbanker i andra delstater. I skrivelsen efterfrågade kommissionen upplysningar om vilka delstatsbanker som fått offentligt stöd, samt enligt vilka principer transaktionerna gjorts.

(3) Tyskland inkom med svarsskrivelser den 16 mars 1993 och den 17 september 1993. Kommissionen begärde ytterligare upplysningar i skrivelser av den 10 november 1993 och den 13 december 1993 som Tyskland besvarade i en skrivelse av den 8 mars 1994.

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

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

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

([1]) EUT C 81, 4.4.2003, s. 2.

([2]) EGT C 140, 5.5.1998, s. 9.

([3]) EGT L 150, 23.6.2000, s. 1. Beslutet överklagades av Tyskland (mål C-376/99), Nordrhein-Westfalen (mål T-233/99) och WestLB (mål T-228/99). Kommissionen har inlett ett överträdelseförfarande (mål C-209/00).

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

(7) Den 1 mars 2001 begärde kommissionen ytterligare upplysningar, i synnerhet om kapitalöverföringarna via Niedersächsische Sparkassen- und Giroverband (NSGV) vilket Tyskland besvarade i en skrivelse av den 15 maj 2001.

(8) I en skrivelse av den 13 november 2002 meddelade kommissionen Tyskland att den beslutat att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget avseende överföringen av Niedersachsens fondtillgångar till NordLB. Samtidigt inledde kommissionen förfaranden avseende liknande överföringar till Bayerische Landesbank – Girozentrale, Landesbank Schleswig-Holstein – Girozentrale, Hamburgische Landesbank – Girozentrale och Landesbank Hessen-Thüringen. Kommissionen inledde redan i juli 2002 ett förfarande avseende en överföring till Landesbank Berlin.

(9) Beslutet om att inleda förfarandet offentliggjordes i Europeiska gemenskapernas officiella tidning ([1]). Kommissionen anmodade alla berörda parter att inkomma med synpunkter.

(10) I en skrivelse av den 11 april 2003 inkom Tyskland med synpunkter på förfarandet avseende NordLB.

(11) I en skrivelse av den 29 juli 2003 lade BdB fram sina synpunkter på alla beslut om att inleda förfaranden som tagits den 13 november 2002. I en skrivelse av den 30 oktober 2003 från förbundsregeringen i Nordrhein-Westfalen och WestLB AG gick Tyskland i svaromål mot BdB:s synpunkter på överföringen av treuhandbolagen till NordLB.

(12) Ytterligare en begäran om upplysningar från kommissionen av den 1 september 2003 besvarades i en skrivelse av den 28 oktober 2003 där Tyskland bemötte BdB:s synpunkter om NordLB.

(13) Den 7 april 2004 och den 3 maj 2004 riktade kommissionen ytterligare en begäran om upplysningar till Tyskland, som besvarades i skrivelser av den 27 maj 2004 och den 28 juni 2004. Den 16 augusti och den 9 september 2004 sände Tyskland kompletterande synpunkter till sina tidigare inlagor.

(14) Den 19 juli 2004 lämnade de klagande BdB, Nordrhein-Westfalen och WestLB AG in ett utkast till överenskommelse om lämplig ersättning för de överförda medlen. Överenskommelsen skulle enligt dem kunna ligga till grund för kommissionens beslut. BdB, Nordrhein-Westfalen och WestLB AG lämnade även in ett utkast till överenskommelse om lämplig ersättning för de överförda treuhandbolagens medel. Därefter inkom flera skrivelser från de berörda parterna och Tyskland till kommissionen. Den slutliga lydelsen av överenskommelsen om överföringen till NordLB av treuhandbolagens medel inkom till kommissionen den 7 oktober 2004.

([1]) EUT C 81, 4.4.2003, s. 2.

II. NÄRMARE BESKRIVNING AV ÅTGÄRDERNA

1. *NORDDEUTSCHE LANDESBANK – GIROZENTRALE*

(15) NordLB, som treuhandbolagen överfördes till, är ett offentligt kreditinstitut med offentligrättslig ställning och säte i Hannover, Braunschweig, Magdeburg och Schwerin. Med en koncernbalansomslutning på cirka 193 miljarder euro (per den 31 december 2003) är man en av Tysklands största banker. NordLB har cirka 9 500 anställda.

(16) NordLB bildades 1970 genom en fusion mellan fyra offentligrättsliga kreditinstitut (Braunschweigische Staatsbank, Braunschweigische Landesbausparkasse, Hannoversche Landeskreditanstalt och Niedersächsische Wohnungskreditanstalt).

(17) De kapitalöverföringar som är under utredning gjordes vid en tidpunkt då Niedersachsen ägde 60 % och Niedersächsische Sparkassen- und Giroverband (NSGV) 40 % av Norddeutsche Landesbank.

(18) I två delstatsfördrag 1991 och 1992 enades förbundsländerna Niedersachsen, Sachsen-Anhalt och Mecklenburg-Vorpommern om att driva NordLB gemensamt. Från och med den 12 januari 1993 förändrades ägar- och garantstrukturen på följande sätt: Niedersachsen innehade 40 %, Sachsen-Anhalt 10 %, Mecklenburg-Vorpommern 10 %, NSGV 26,6 %, Sparkassenbeteiligungsverband Sachsen-Anhalt (SBV) 6,66 % och Sparkassenbeteiligungszweckverband Mecklenburg-Vorpommern (SZV) innehade 6,66 %.

(19) Enligt villkoren i avtalet skall NordLB fungera som en central sparbank och affärsbank. Dessutom har man rätt att bedriva all övrig verksamhet som gynnar banken, innehavarna samt de kommunala sammanslutningarna i förbundsländerna. I Braunschweig ägnar sig NordLB år sparbanksverksamhet. NordLB tillhandahåller finansiella tjänster för privatkunder, affärskunder, institutioner och statliga verk och är en betydande aktör på de internationella kapitalmarknaderna, både för egen räkning och för andra kreditinstitut. Liksom många andra tyska universalbanker äger också NordLB en rad andelar i finansinstitut och övriga företag.

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

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

2. *TREUHANDBOLAGEN – LANDESTREUHANDSTELLEN (LTS)*

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

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

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

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

(*) Konfidentiell uppgift.

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

3. *KAPITALKRAV ENLIGT KAPITALBASDIREKTIVET*

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

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

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

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

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

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

([3]) Enligt kapitaltäckningsdirektivet skall kreditinstitutens kapitalbas uppgå till minst 8 % av deras riskjusterade tillgångsposter, medan det i den gamla tyska bestämmelsen krävdes en kvot på 5,6 %. Denna kvot byggde dock på en snävare definition av egna medel än den som gäller sedan kapitalbasdirektivet trädde i kraft.

4. *ÖVERLÅTELSEN AV TREUHANDBOLAGEN OCH DESS FÖLJDER*

a. ÖVERLÅTELSEN

(31) Lagen (Gesetz über die Einbringung von Fördervermögen des Landes Niedersachsen in das haftende Eigenkapital der Norddeutschen Landesbank – Girozentrale) ([1]) antogs av delstatsregeringen den 17 december 1991 och gav delstatens finansministerium befogenhet att till marknadspris överföra delstatens andel i de tre treuhandbolagens fondtillgångar till NordLB i form av eget kapital. Dessutom åtog sig delstaten att inte låta de överförda fondmedlen understiga ett marknadsvärde på minst 1,5 miljarder mark.

(32) Enligt lagen ingick Niedersachsen och NordLB den 20 december 1991 ett överlåtelseavtal genom vilket delstaten helt överlät sin andel av fondmedlen till NordLB i form av eget kapital. Syftet med överföringen var att öka NordLB:s bankrättsliga kapitalbas med 1,5 miljarder mark.

b) VÄRDET AV TREUHANDBOLAGEN (LTS)

(33) Den 21 februari 1992 gav NordLB Treuarbeit AG i uppgift att beräkna värdet på de överförda tillgångarna per den 31 december 1991. De kom fram till att de överförda tillgångarna var värda 1,7544 miljarder mark och intygade att det belopp som överfördes och i NordLB:s balansräkning per den 31 december 1991 togs upp som eget kapital uppgick till 1,5 miljarder mark.

(34) Värdet av de tillgångar som Niedersachsen tillförde NordLB anges i löpande priser. Nedanstående tabell visar det löpande värdet fram till slutet av 2003:

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

(35) Enligt utlåtandet från Treuarbeit AG ansökte NordLB hos Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAKred) om att enligt bankrättsliga bestämmelser få reserven på 1,5 miljarder mark godkänd som eget kapital enligt artikel 10.2 KWG.

(36) Den 26 juli 1993 godkände BAKred beloppet på 1,5 miljarder mark som primärt kapital. Sedan BAKred fått ett förtydligande från Niedersachsen om att dess andel i fondmedlen uppgick till minst 1,5 miljarder mark drog tillsynsmyndigheten den 22 november 1993 tillbaka sin tidigare invändning mot reserven. Innan treuhandbolagens fondtillgångar formellt hade godkänts som primärt kapital av BAKred godtog BAKred dock att fonden faktiskt användes som garanti i den mån det behövdes, enligt de då gällande kapitaltäckningsbestämmelserna.

(37) Beloppet på 1,5 miljarder mark överfördes som en gemensam reserv till NordLB:s eget kapital, medan den dåvarande skillnaden mellan tillgångarnas värde bokfördes som en reserv för åtaganden enligt överlåtelseavtalet.

(38) Tyskland uppger att cirka 100 miljoner mark av de överförda tillgångarna årligen användes som underlag för investeringsverksamheten. Resterande tillgångar stod till förfogande för NordLB:s konkurrensutsatta verksamhet efter godkännandet från BAKred. Innan BAKred lämnat sitt godkännande kunde bara den del av fondtillgångarna utnyttjas som faktiskt krävdes för att uppfylla kapitaltäckningsbestämmelserna.

(39) Följande belopp stod till förfogande för den konkurrensutsatta verksamheten:

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

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

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

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

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

c. FÖLJDER AV ÖVERFÖRINGEN AV TREUHANDBOLAGENS FONDER TILL NORDLB

(40) Tyskland uppger att NordLB per den 31 december 1991 hade 2,043 miljarder mark i primärt kapital och 543 miljoner mark i supplementärt kapital. I förhållande till det dåvarande egna kapitalet på sammanlagt 2,586 miljarder mark ökade investeringsförmågan med 1,5 miljarder mark i eget kapital eller 58 %.

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

d) ERSÄTTNING FÖR ÖVERFÖRINGEN AV TREUHANDBOLAGEN

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

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

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

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

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

e. KAPITALTILLSKOTT FRÅN DEN ANDRA DELÄGAREN, NSGV

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

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

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

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

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

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

(49) NordLB bokförde beloppet på 450 miljoner mark i en vinstreserv i en särskild avsättning av ytterligare garantikapital enligt banktillsynsbestämmelserna. Den kumulerade räntan för den särskilda reserven låg på 7,5 % netto före skatt och skulle belasta garanterna enligt deras interna förhållande, nämligen 60 % för delstaten och 40 % för NSGV.

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

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

III. SYNPUNKTER FRÅN BERÖRDA PARTER

1. *KLAGOMÅL OCH DE KLAGANDES SYNPUNKTER*

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

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

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

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

WestLB den 8 juli 1999. I ett första steg borde det kapital som ställts till förfogande jämföras med andra instrument för eget kapital. I ett andra steg borde man sedan fastställa vilken minimiersättning en investerare skulle förvänta sig i utbyte mot sin investering i en delstatsbanks egenkapital. Slutligen skulle påslag och avdrag på grund av överlåtelsens särskilda karaktär beräknas.

Jämförelse med andra instrument för eget kapital

(55) BdB ansåg att överföringen av treuhandbolagens fondtillgångar till NordLB – liksom andra sätt att tillföra delstatsbankerna kapital – kan jämföras med ett aktiekapitaltillskott.

(56) Överföringen av fondmedlen skulle därmed inte kunna jämföras med vinstandelsbevis, eftersom de enbart avser supplementärt kapital. I Tyskland betraktades vid tidpunkten för överföringen, alltså i slutet av 1991, aktiekapital (och sådana reserver som avses i 10.2 KWG) samt passivt delägande som primärt kapital. En jämförelse med passivt delägande kunde därmed uteslutas i samtliga fall. För det första skulle en investerare inte lämna passivt delägande på obegränsad tid. En investerare kan därför inte förvänta sig samma ersättning för passivt delägande som för andra instrument för eget kapital som av tillsynsrättsliga skäl erkänns för en obegränsad tid, såsom aktiekapitaltillskott.

(57) För det andra behövde det inte nödvändigtvis innebära en lägre investeringsrisk även om det tillskjutna kapitalet underordnades aktiekapitalet enligt avtalet mellan delstatens ägare. Kapitaltillskottet utgjorde en väsentlig del av det samlade primära kapitalet. Därför var det mycket troligt att det tillskjutna kapitalet åtminstone delvis skulle utnyttjas vid förlust. ([1])

(58) För det tredje hävdar BdB att den kvalitativa skillnaden mellan passivt delägande och det kapital som överfördes från delstatsbankernas fonder också framgår av den definition av primärt kapital som Baselkommittén för banktillsyn antagit för banktillsynsändamål. Enligt definitionen får passivt delägande ur banktillsynshänseende enbart erkännas som s.k. Lower-Tier-1-kapital. Sådant kapital får utgöra högst 15 % av det erforderliga primära kapitalet. Om det primära kapitalet är 4 %, måste med andra ord 3,4 % utgöras av grundkapital och öppna reserver (t.ex. de bundna tillgångar som överförts till delstatsbankerna). Bankerna tog bara i ringa mån upp underordnade instrument för eget kapital, såsom preferensaktier eller vinstandelsbevis. Efter påtryckningar från kreditvärderingsinstituten utgjorde sådana instrument knappast någonsin mer än 10 % av bankens sammanlagda primärt kapital – en helt annan situation än i de fall som undersöks här. Därför kan passivt delägande inte användas i stora volymer när det rör sig om en ensam investerare.

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

Minimiersättning för aktiekapitaltillskott till en delstatsbank

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

Förväntad avkastning på riskkapital

=

Riskfri avkastning + riskpremie för riskinvesteringen

(60) För att fastställa den riskfria avkastningen utgår BdB från avkastningen på statsobligationer med lång löptid, eftersom värdepapper med fast ränta som emitteras av statliga organ är en investeringsform med låg eller ingen risk. För att justera för inflationen bör avkastningen på långfristiga statsobligationer fastställas för varje ny period, till att börja med utan hänsyn till inflationsutvecklingen. Den långfristiga riskfria basräntesatsen beräknas sedan genom att addera prognosen för den beräknade genomsnittliga inflationsutvecklingen på 3,6 % till den ”reala basräntesatsen”.

(61) *Marknadsriskpremien* bör enligt BdB i ett första steg beräknas på skillnaden mellan den långfristiga genomsnittliga avkastningen på aktier respektive statsobligationer.

(62) I ett andra steg fastställde BdB betavärdet för delstatsbankerna, dvs. bankernas individuella riskpremier för att anpassa den allmänna marknadsriskpremien.

Påslag och avdrag på grund av transaktionens särskilda karaktär

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

(refinansieringskostnader brutto minus tillämplig bolagsskatt).

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

2. *SYNPUNKTER FRÅN NORDRHEIN-WESTFALEN OCH WESTLB*

(65) Den 30 oktober 2003 översände Tyskland ett genmäle från delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB till kommissionens beslut av den 13 november 2002 om att inleda ett förfarande, där de bestred att tillgångar som överförts till delstatsbankerna kan jämföras med aktiekapital, särskilt inte när det gäller NordLB. De hävdade att passivt delägande och s.k. perpetuals klassats som primärt kapital i Tyskland sedan 1991. De tillade att ersättningen inte bör beräknas på hur överlåtelsen klassas av banktillsynsmyndigheterna, utan på investeringens riskprofil. Eftersom tillgångarna var andraklasskapital liknade risken snarare passivt delägande eller s.k. perpetuals än aktiekapitaltillskott.

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

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

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

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

3. *SYNPUNKTER FRÅN NORDLB OCH NIEDERSACHSEN*

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

4. *TYSKLANDS SYNPUNKTER*

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

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

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

(74) Den beräkningsgrund för minimiersättningen som BdB och kommissionen använde i beslut 2000/392/EG anser man är felaktig. CAPM-metoden påstås också av flera skäl vara olämplig för att fastställa en marknadsmässig avkastning. För det första var de tillgångar som överfördes till NordLB inte fritt disponibla. Därmed skulle de investeringsalternativ som förutsätts enligt CAPM-metoden inte existera i praktiken. Vidare fanns inte den risk som förutsattes i CAPM för att beakta marknadsfluktuationer, eftersom delstatsbankerna inte var börsnoterade, räntan på ersättningen för tillskottet var fast och delstatsbankerna då fortfarande hade ett institutionellt ansvar och garantiansvar. Därför fanns det heller inga historiska data för betafaktorer.

(75) Bland de särskilda omständigheterna när fonderna överlåts bör man bland annat beakta att det inomobligatoriska ansvaret begränsas till Niedersachsens andel av NordLB:s aktiekapital och att delstaten har regressrätt mot NordLB:s andra garanter. En investerare hade troligen inför investeringsbeslutet tagit stor hänsyn till att fondillgångarna visserligen kunde ge en obegränsad utomobligatorisk förlust, men att det inomobligatoriska ansvaret begränsades till den andel av NordLB:s aktiekapital som Niedersachsens överlät. Niedersachsen hade därför regressrätt mot NordLB:s övriga garanter – samtliga offentligrättsliga institutioner – som ju inte kunde vara insolventa.

(76) När det gäller ett påslag på grund av transaktionens stora omfattning är det inte klart hur det skulle definieras och vad som skulle motivera det. De överlåtna tillgångarna utgjorde 1992 endast 34,89 % av NordLB-koncernens tillsynsrättsliga egna kapital. Andelen hade 2001 sjunkit till endast 9,62 %. Beräkningarna utgår från att NordLB:s eget kapital år 1992 uppgick till 4,298 miljarder mark och år 2001 till 15,596 miljarder mark. Treuhandbolagens tillgångar har här räknats in i det egna kapitalet.

(77) Påslaget är inte heller motiverat eftersom Niedersachsen inte fick några nya marknadsandelar. NSGV åtog sig vid överföringen av fonderna att tillskjuta kapital till NordLB i förhållande till sin andel av aktiekapitalet, vilket också skedde senare. Därmed ökade inte heller delstatens marknadsandelar.

(78) Slutligen skulle inte heller fondmedlens bristande fungibilitet motivera något påslag. Vid beräkningen av minimiavkastningen jämförde BdB och kommissionen överföringen av fondmedlen med ett aktiekapitaltillskott. Aktiekapitaltillskott är lika litet fungibla som treuhandbolagens fondtillgångar.

(79) Om NordLB gynnades av överlåtelsen av fondmedlen rörde det sig endast om en kompensation för att täcka de kostnader som uppkommit inom ramen för det offentliga uppdraget. NordLB är inte bara en delstatsbank utan i Braunschweig även en sparbank. Därmed har man inte bara en delstatsbanks vanliga offentliga uppdrag och de därmed förbundna kostnaderna, utan även sparbanksverksamhet.

(80) Om ett stöd ändå skulle anses föreligga är det i vilket fall som helst ett redan befintligt stöd, eftersom fonderna överläts enligt de former för institutionellt ansvar som utarbetades efter kompromissen i Bryssel den 17 juli 2001.

5. *ÖVERENSKOMMELSEN MELLAN BDB, NIEDERSACHSEN OCH NORDLB*

(81) Den 7 oktober 2004 fick kommissionen kännedom om en överenskommelse mellan de klagande BdB, Niedersachsen och NordLB. Trots skiljaktiga rättstolkningar enades parterna i överenskommelsen om parametrar för att beräkna en rimlig ersättning och angav vilken ersättning de själva ansåg lämplig. Parterna har uppmanat kommissionen att i sitt beslut ta hänsyn till överenskommelsen.

(82) Parterna har med hjälp av Capital Asset Pricing-modellen fastställt en minimiersättning för ett teoretiskt aktiekapitaltillskott till NordLB. De anser att en lämplig minimiersättning för treuhandbolagens fondtillgångar ligger kring 10,03 %. De riskfria räntesatserna för REX10 Performance Index på den tyska börsen användes och betavärdena för en delstatsbank som uppges i utlåtandet från KPMG av den 26 maj 2004 (och som kommissionen fått kopia av). Rent konkret hade NordLB vid överföringen den 31 december 1991 en riskfri grundinsats på 7,15 %. Som betavärde användes enligt KPMG:s undersökning ett värde på 0,72. Den marknadsmässiga riskpremien fastställdes till 4 % (densamma för alla delstatsbanker).

(83) Därefter fastställs ett avdrag på grund av bristande likviditet. För beräkningen av bruttokostnaderna för refinansieringen användes ånyo den riskfria räntesatsen på 7,15 %. Nettokostnaderna för refinansieringen beräknades enligt ett schablonskattetryck på NordLB vid överlåtelsen till 50 % vilket ger ett likviditetsunderskott på 3,57 %.

(84) Slutligen gjordes ett påslag på 0,3 % eftersom investeringen inte gav någon rösträtt.

(85) Detta ger sammanlagt ett ersättningsvärde för treuhandbolagens fondtillgångar på 6,76 % netto efter skatt för den del av treuhandbolagens fondtillgångar som kunde användas i

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

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

IV. **BEDÖMNING AV ÅTGÄRDEN**

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

1. *STATLIGA MEDEL OCH GYNNANDE AV ETT VISST FÖRETAG*

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

(89) Vid bedömningen av om överföringen av statliga medel till ett företag i offentlig ägo gynnar detta företag och följaktligen utgör statligt stöd enligt artikel 87.1 i EG-fördraget, tillämpar kommissionen den marknadsekonomiska investerarprincipen. EG-domstolen har i en rad mål godtagit och vidareutvecklat denna princip. Bedömningen enligt denna princip görs i punkt 93 och framåt.

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

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

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

(92) Det bör även påpekas att det finns ett nära samband mellan ett kreditinstituts eget kapital och dess bankverksamhet. En bank kan endast arbeta och utvidga sin affärsverksamhet om den har tillräckligt mycket eget kapital. Eftersom den statliga åtgärden försåg NordLB med eget kapital för kapitaltäckning påverkade det direkt bankens affärsmöjligheter.

3. *PRINCIPEN OM PRIVATA INVESTERARE I EN MARKNADSEKONOMI*

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

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

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

a) ARTIKEL 295 I EG-FÖRDRAGET

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

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

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

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

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

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

b) INGEN ÄNDRING AV ÄGARSTRUKTUREN

(99) En rimlig avkastning på det tillhandahållna kapitalet skulle t.ex. ha varit en ökning av delstatens andel av NordLB, i den mån bankens lönsamhet motsvarar den normala avkastning som en privat investerare i en marknadsekonomi förväntar sig av en investering. Niedersachsen gick dock inte tillväga på det sättet.

(100) Tyskland hävdar att NordLB:s marknadsandelar inte ökade eftersom NSGV vid överföringen av fondmedlen åtog sig att tillföra kapital i förhållande till sin andel i NordLB, vilket sedan skedde genom en särskild LBS-reserv på 450 miljoner mark och passivt delägande på 550 miljoner mark. Tyskland framför vidare att EG-domstolen i Alitaliamålet ([1]) uttalade att ett kapitaltillskott med offentliga medel uppfyller kriteriet för privata investeringar och inte innebär ett statligt stöd om tillskottet gjordes samtidigt som en privat investerare genomförde ett betydande kapitaltillskott.

(101) När det gäller EG-domstolens dom i Alitaliamålet hänvisas till att beslutet avser privata investerare. NSGV är dock ingen privat investerare, utan en offentligrättslig organisation. NSGV kapitaltillskott är dessutom inte jämförbart med överföringen av treuhandbolagens fondtillgångar, vare sig i tiden eller till sitt innehåll.

(102) Eftersom treuhandbolagens tillgångar överfördes till NordLB den 31 december 1991 skildes LBS först den 1 juli 1994 från NordLB, då LBS särskilda reserv på 450 miljoner mark bildades. Den dolda reserven på 550 miljoner mark ställdes till förfogande först den 10 oktober 1994. Den långa tiden mellan transaktionerna gör att kommissionen anser att villkoren inte är jämförbara.

(103) Därför utgör åtminstone det passiva delägandet någon annan investeringsform. På den tiden behandlades allt passivt delägande som så kallat ”lower tier 1”-kapital, dvs. kapitaltillskott som inte fick betraktas som aktiekapital för att uppfylla kapitaltäckningsbestämmelserna. Den som är passiv delägare deltar till skillnad från den som gör aktiekapitaltillskott inte i företagets värdetillväxt, utan ersättningen lämnas genom en direkt och fullständig ersättning, som vanligen är lägre än den för aktiekapitaltillskott.

(104) Även om den likvida dolda reserven på 550 miljoner mark borde ge en högre ersättning än de icke-likvida fondmedlen från treuhandbolagen kan man inte jämföra ersättningarna för överföringen av delstatens tillgångar respektive överföringen av NSGV:s tillgångar. För den särskilda LBS-reserven utgår varje år 7,5 % (före skatt) och för den dolda reserven utgår enligt Tysklands uppgifter en ränta på cirka 9,11 % (före skatt). Treuhandbolagens fondtillgångar ger däremot en ränta på 0,5 % efter skatt (ca 1,2 % före skatt). Alltså är ersättningen för treuhandbolagens fondtillgångar mycket lägre än ersättningen för transaktionen till NSGV.

(105) Eftersom delstatens och NSGV:s transaktioner är så olika kan det lämnas öppet om NSGV faktiskt hade någon bindande skyldighet att tillskjuta kapital i förhållande till sin andel i NordLB när treuhandbolagens fondtillgångar överfördes till NordLB eller om skyldigheten inträdde först senare.

(106) Dessutom förekom inget proportionellt och jämförbart kapitaltillskott från någon privat investerare, varför de förutsättningar som förelåg i Alitaliaärendet inte är för handen. Investeringen gjordes av en annan offentlig andelsägare (NSGV) och förutsättningarna är inte jämförbara, eftersom den inte skedde vid samma tid och inte heller på samma villkor som överföringen.

(c) ÄGARFÖRHÅLLANDEN

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

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

(108) Av de skäl som anges i punkt 102 och framåt kan det inte tillmätas någon betydelse att delstaten ägde andelar i NordLB, och därför är NSGV:s kapitaltillskott ingen jämförbar investering. NSGV deltog i värdeökningen utan att själv ha bidragit med ett motsvarande tillskott. Ingen marknadsmässigt agerande investerare skulle acceptera att i egenskap av delägare bära hela bördan för en investering och samtidigt bara få ut en del av dess fördelar. Detta bekräftade Förstainstansrätten uttryckligen i sin dom om WestLB ([1]).

d) GRUNDEN FÖR BERÄKNINGEN AV ERSÄTTNINGEN

(109) Den tyska regeringen anser att endast den del av det godkända primära kapitalet som NordLB fick använda i sin affärsverksamhet hade ekonomiskt värde för banken. Därför borde delstaten bara kräva ersättning för denna del. BdB hävdar däremot att det totala beloppet på 1,7544 miljarder mark är riskbärande och att ersättningen därför bör avse detta belopp.

(110) Såsom framgår av beslut 2000/392/EG och såsom Förstainstansrätten bekräftat, skall det sammanlagda värdet av de överförda medlen ligga till grund för ersättningen. Ersättningen kan därför vara olika för de olika delarna av de överförda medlen.

(111) För att fastställa en rimlig ersättning bör man skilja mellan de olika delarna av de enskilda treuhandbolagens tillgångar, beroende på deras nytta för NordLB.

(112) Tillgångarnas värde uppgick i slutet på 1991 till 1,7544 miljarder mark. Tillgångarnas värde beräknas årligen. Trots det togs endast 1,5 miljarder mark upp som eget kapital i NordLB:s balansräkning. Skillnaden jämfört med värdet på treuhandbolagens fondtillgångar bokfördes som en reserv för åtaganden enligt överlåtelseavtalet. Reserver brukar användas för oförutsedda utgifter och belastar inte egenkapitalet. Därmed stärks i princip inte företagets kreditvärdighet. Niedersachsen hade dessutom rätt att ta upp amortering och ränta för fonderna om marknadsvärdet översteg 1,5 miljarder mark. Eftersom det belopp som överskrider 1,5 miljarder mark inte får användas av NordLB varken för att utvidga marknadsandelarna eller som garantiunderlag utgår kommissionen från att en investerare inte skulle kunna begära någon ersättning för denna del av fondtillgångarna.

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

(113) Värdet på 1,5 miljarder mark togs efter överföringen upp som eget kapital i NordLB:s balansräkning. Trots det kunde treuhandbolagens tillgångar innan de godkändes av BAKred inte fullt ut användas som eget kapital. Innan tillgångarna godkänts som eget kapital den 26 juli 1993 tolererade BAKred bara att fondmedlen utnyttjades om detta krävdes för att uppfylla de då gällande kapitaltäckningskraven. Först efter godkännandet den 26 juli 1993 kunde man helt utnyttja de 1,5 miljarderna mark. Av 1,5 miljarder mark kan dock bara cirka 1,4 miljarder mark – värdet varierar årligen – utnyttjas av NordLB för att utvidga den konkurrensutsatta delen av verksamheten, eftersom återstoden behövdes för investeringsverksamheten. Under 1992 fram till augusti 1993 beräknade delstaten ersättningen på det faktiskt utnyttjade kapitalet och från och med augusti 1993 på det belastade kapitalet, dvs. ca. 1,4 miljarder mark årligen.

(114) Återstående primärt kapital (från och med augusti 1993 kring 100 miljoner mark per år, tidigare högre) kunde visserligen inte användas för att utvidga den konkurrensutsatta verksamheten men utnyttjades ändå av NordLB, eftersom det egna kapitalet i balansräkningen ger bankens investerare en fingervisning om soliditeten och därmed påverkar på vilka villkor banken kan skaffa nytt kapital. Fordringsägare och kreditvärderingsinstitut tar dock hänsyn till bankens totala ekonomiska och finansiella ställning. Eftersom beloppet på 100 miljarder mark per år inte kunde användas för att utvidga affärsverksamheten, men ändå förbättrade bankens anseende i fordringsägarnas ögon, kan dess ekonomiska funktion åtminstone i detta avseende jämföras med en garanti.

(115) Då följaktligen även beloppet på 100 miljarder mark är av ekonomisk nytta för NordLB, skulle en privat investerare i en marknadsekonomi ha krävt ersättning för det. Ersättningen bör säkerligen vara lägre än ersättningen för den del på 1,4 miljarder mark som är till större nytta för NordLB, eftersom den delen enligt kapitaltäckningsbestämmelserna även kan användas som kapitalbas för att utvidga bankens konkurrensutsatta verksamhet.

(116) I avtalet mellan Niedersachsen, NordLB och BdB sägs att ersättning för de överförda tillgångarna skall lämnas först i slutet av den månad då BAKred lämnat sitt godkännande av det primära kapitalet, dvs. tidigast den 30 november 1993. På denna punkt kan kommissionen inte godta överenskommelsen. De tillgångar som överfördes från treuhandbolagen stod till NordLB:s förfogande efter den 31 december 1991, åtminstone i den mån som BAKred tolererade användningen. NordLB utnyttjade faktiskt också tillgångarna i väsentlig omfattning även före det slutliga godkännandet från BAKred.

e) RIMLIG ERSÄTTNING FÖR KAPITALET

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

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

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

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

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

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

(122) I detta sammanhang bör det framför allt betonas att det relativt breda utbudet av nyskapande instrument för eget primärkapital och supplementärt kapital, som kreditinstituten numera har tillgång till i flera länder, ännu inte existerade i Tyskland varken 1991 då överföringen av treuhandbolagen till NordLB beslutades eller 1993 då NordLB blev tvunget att uppfylla de strängare kapitaltäckningskrav som då trädde i kraft. En del av dessa instrument har utvecklats först senare, andra fanns redan men var inte godkända i Tyskland. De instrument som i praktiken huvudsakligen fanns att tillgå och användes var vinstandelsbevis och efterställda lån (vilka båda förstås är supplementärt kapital, det senare godkänt först från och med 1993).

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

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

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

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

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

(ii) ***Regressrätt och liten risk***

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

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

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

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

(131) Den rimliga ersättningen för de ca 1,4 miljarder mark som årligen stod till förfogande för NordLB:s konkurrensutsatta verksamhet kan förstås fastställas på olika sätt. Nedanstående beräkning av ersättningen för aktiekapitaltillskott följer dock alltid samma grundläggande principer. Enligt principerna gör kommissionen en beräkning i två etapper: först fastställs den minimiersättning som en investerare skulle förvänta sig av ett (hypotetiskt) aktiekapitaltillskott till NordLB. Därefter prövas om de särskilda omständigheterna kring transaktionen i ärendet enligt marknadsvillkoren motiverar något påslag eller avdrag samt huruvida kommissionen kan göra någon metodiskt tillfredsställande kvantifiering.

Fastställande av en förväntad minimiersättning för aktiekapitaltillskottet till NordLB

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

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

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

Rimlig minimiavkastning på riskkapital

=

Riskfri grundräntesats + riskpremie för investeringen

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

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

— *Finansieringssätt*: Investerarens förväntade avkastning på eget kapital tar hänsyn till den finansierade bankens kommande finansieringskostnader. Denna beräkning bygger på att man först fastställer de tidigare kostnaderna för eget kapital för banker som är jämförbara med den aktuella banken. Det matematiska genomsnittsvärdet på de historiska kapitalkostnaderna jämförs sedan med de i framtiden förväntade kostnaderna för eget kapital och därmed även med investerarens förväntade avkastning.

— *Finansieringssätt med Compound Annual Growth Rate*: Denna beräkning bygger på ett geometriskt och inte ett matematiskt genomsnittsvärde (Compound Annual Growth Rate).

— *Capital Asset Pricing Model (CAPM)*: Det här är den mest kända och vanligaste metoden i dagens finanssektor enligt vilken investerarens förväntade avkastning beräknas med följande formel:

$$\text{Minimiavkastning} = \text{riskfri grundsats} + (\text{marknadsmässig riskpremie} \times \text{beta})$$

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

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

(137) I sina synpunkter av den 29 juli 2003 krävde BdB att CAPM skulle användas för att beräkna förväntad minimiersättning på ett aktiekapitaltillskott till NordLB när treuhandbolagens tillgångar överfördes den 31 december 1991 till ett värde på 13,34 %. Tyskland hade grundläggande invändningar mot CAPM-metoden. BdB utgick från en alltför hög betafaktor och hade även felaktigt fastställt den riskfria grundräntan. Också den marknadsmässiga riskpremien på 4,6 % hade satts för högt. BdB kom med hjälp av CAPM-metoden fram till en mycket lägre minimiersättning för ett hypotetiskt aktiekapitaltillskott till NordLB.

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

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

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

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

(142) Kommissionen anser också att den marknadsmässiga riskpremien på 4,0 % är motiverad. Redan i beslut 2000/392/EG användes flera gånger den så kallade allmänna långfristiga marknadsmässiga riskpremien, dvs. skillnaden mellan den långfristiga genomsnittliga avkastningen på en vanlig aktieportfölj och avkastningen på statsobligationer. I utlåtandet i ärendet varierade värdena beroende på metod,

period och källor mellan 3 % och 5 %. I ett utlåtande som gjordes för BdB:s räkning fastställdes till exempel alternativ mellan 3,16 % och 5 % och ett utlåtande som gjordes för WestLB under själva förfarandet räknade med mellan 4,5 % och 5 %, medan Lehman Brothers som också var verksamma för WestLB använde en räntesats på 4 %. Mot denna bakgrund har kommissionen i det aktuella ärendet ingen anledning att avvika från den marknadsmässiga riskpremie som användes i överenskommelsen. Enligt CAPM-metoden anser kommissionen att den minimiersättning som beräknats av parterna helt klart är rimlig.

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

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

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

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

(146) Ett normalt kapitaltillskott till en bank tillför dock såväl likvida medel som eget kapital, som tillsynsrättsligt krävs för att utvidga affärsverksamheten. För att fullt ut utnyttja kapitalet, dvs. för att utvidga de 100 % riskjusterade tillgångarna över 12,5 (100 delat med kapitaltäckningsgraden på 8 %) måste banken refinansiera sig 11,5 gånger på finansmarknaderna. Enklare uttryckt ger skillnaden mellan 12,5 gånger erhållna och 11,5 gånger betalda räntor på detta kapital minus bankens övriga kostnader (t. ex. förvaltningskostnader) vinsten på det egna kapitalet ([1]).

(147) Eftersom kapitalet från treuhandbolagen inte ökade NordLB:s likviditet hade banken ytterligare finansieringskostnader motsvarande kapitalbeloppet för att fullständigt kunna utnyttja de affärsmöjligheter som det supplementära kapitalet gav, dvs. för att utvidga de riskjusterade tillgångarna med 12,5 gånger kapitalbeloppet (eller behålla samma nivå) ([2]). På grund av dessa extra kostnader, som inte uppkommer med normalt eget kapital, måste man göra ett motsvarande avdrag för att fastställa en rimlig ersättning. En privat investerare i en marknadsekonomi kan inte förvänta sig att få samma ersättning som vid tillskjutande av kontanta medel.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(153) De överförda tillgångarnas volym och deras betydelse för NordLB:s möjlighet att uppfylla kapitaltäckningsbestämmelserna har redan nämnts ovan (punkt 40). När fonderna från treuhandbolagen överfördes ökade NordLB:s primärkapital väsentligt, utan några förvärvs- eller förvaltningskostnader. En privat investerare i en marknadsekonomi skulle troligen ha krävt ett ordentligt påslag för ett så stort kapitaltillskott i relativa och absoluta termer som treuhandbolagens tillgångar. Å andra sidan är ett aktiekapitaltillskott på cirka 1,5 miljarder mark till en av tysklands största universalbanker inte ovanligt i branschen, med tanke på de europeiska kreditinstitutens enorma kapitalbehov på grund av kapitaltäckningsdirektivet. Överföringens stora volym är ännu ett indicium för en jämförelse med ett aktiekapitaltillskott eftersom omfattande passivt delägande var atypiska på marknaden 1991. Men att hänvisa till överföringens volym för att motivera ytterligare påslag för en investering som liknar aktiekapitaltillskott skulle innebära att volymen beaktas två gånger vilket inte är tillåtet. Därför beslutar kommissionen till förmån för NordLB att beräkna påslaget enligt överföringens volym. I överenskommelsen utgår man från att inga påslag kommer att göras på grund av överföringens omfattning.

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

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

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

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

(vii) ***Ersättning totalt***

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

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

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

(158) Såsom redan förklarats var även andelen eget kapital på 100 miljoner mark av ekonomisk betydelse för NordLB och dess ekonomiska funktion kan jämföras med en borgensförbindelse eller garanti. För att ta en sådan risk skulle en privat investerare i en marknadsekonomi kräva en rimlig ersättning. Överenskommelsen mellan BdB, förbundslandet och NordLB tiger i denna fråga.

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

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

f) STÖDINSLAGET

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

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

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

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

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

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

motsvarande kapital borde delstaten därför ha yrkat på en omfattande direktersättning.

(167) Stödinslaget kan beräknas som skillnaden mellan de faktiska betalningarna och de betalningar som skulle motsvara de på marknaden rådande villkoren.

(168) Beräkning av stödinslagen (i miljoner mark)

År 1992

År 1992	Jan	Feb	Mars	April	Maj	Jun	Jul	Aug	Sep	Okt	Nov	Dec
1. Tillgänglig andel för den konkurrensutsatta verksamheten	120	101	145	109	71	0	0	0	0	19	63	162
2. Återstod (differens mot 1 500 miljoner mark	1 380	1 399	1 355	1 391	1 429	1 500	1 500	1 500	1 500	1 481	1 437	1 338
Ersättning på 6,76 % årligen (efter skatt) för 1.	0,67	0,56	0,81	0,61	0,39	0	0	0	0	0,1	0,35	0,91
Ersättning på 0,15 % årligen (efter skatt) för 2.	0,17	0,17	0,16	0,17	0,17	0,18	0,18	0,18	0,18	0,18	0,17	0,16
Marknadsmässig ersättning totalt	0,84	0,73	0,97	0,78	0,56	0,18	0,18	0,18	0,18	0,28	0,52	1,07
												Σ 6,47
Faktisk ersättning (efter skatt) (0,5 %) för hela 1992												0,9
Stödinslag												5,57

År 1993

År 1993	Jan	Feb	Mars	April	Maj	Juni	Juli	Aug	Sep	Okt	Nov	Dec
1. Tillgänglig andel för den konkurrensutsatta verksamheten	133	133	207	147	174	1,143	1,222	1 400	1 400	1 400	1 400	1 400
2. Återstod (differens mot 1 500 miljoner mark	1,367	1,367	1,293	1,353	1,326	357	278	100	100	100	100	100
Ersättning på 6,76 % årligen (efter skatt) för 1.	0,74	0,74	1,16	0,82	0,98	6,43	6,88	7,88	7,88	7,88	7,88	7,88
Ersättning på 0,15 % årligen (efter skatt) för 2.	0,17	0,17	0,16	0,16	0,16	0,04	0,03	0,01	0,01	0,01	0,01	0,01
Marknadsmässig ersättning totalt	0,91	0,91	1,32	0,98	1,14	6,47	6,91	7,89	7,89	7,89	7,89	7,89
												Σ 58,09
Faktisk ersättning (efter skatt) (0,5 %) för hela 1993												7
Stödinslag												51,09

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

Sedan den 1 januari 1999 omvandlas tyska mark mot euro till kursen 1,95583. Denna kurs har använts för att räkna om beloppen i mark till euro.

(169) Skillnaden mellan den erlagda ersättningen på 0,5 % netto och den rimliga ersättningen på 6,76 % netto (för den del av treuhandbolagens fondtillgångar som NordLB kunde utnyttja i den konkurrensutsatta verksamheten) samt ersättningen på 0,15 % netto (avseende den del av tillgångarna som liknar en bankgaranti) utgör sådant stöd som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

(170) Stödinslaget från det att stödet beviljades fram till slutet av 2003 uppgår till 923,82 miljoner mark. Detta belopp uppgår i euro till 472,34 miljoner euro. NordLB förfogar fortfarande över treuhandbolagens tillgångar. Därför ökar stödinslaget fortlöpande.

4. *BEDÖMNING AV ÅTGÄRDEN I FÖRHÅLLANDE TILL ARTIKEL 73 I EG-FÖRDRAGET*

(171) Det framgår ovan att alla förutsättningar för statligt stöd föreligger enligt artikel 87.1 i EG-fördraget och att överföringen av treuhandbolagens fondtillgångar därför är ett sådant statligt stöd som avses i artikeln. Sedan måste det utredas om stödet kan anses förenligt med den gemensamma marknaden. Den tyska regeringen har endast åberopat undantagsbestämmelsen i artikel 86.2 i EG-fördraget med avseende på eventuella inslag av stöd i samband med överföringen av fonderna.

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

(173) Eftersom stödet inte har något regionalt syfte – det tjänar varken som stöd för att främja den ekonomiska utvecklingen i regioner där levnadsstandarden är onormalt låg eller där det råder allvarlig brist på sysselsättning, eller som stöd för att underlätta utveckling av vissa näringsverksamheter – kan varken artikel 87.3 a eller de regionala aspekterna i artikel 87.3 c i EG-fördraget tillämpas. Stödet främjar inte heller något viktigt projekt av gemensamt europeiskt intresse. Stödet har inte heller till syfte att främja kulturen eller bevara kulturarvet.

(174) Eftersom NordLB:s ekonomiska överlevnad inte stod på spel då åtgärden genomfördes, behöver det inte prövas om ett sammanbrott för ett enstaka stort kreditinstitut i Tyskland som NordLB kunde lett till en allmän kris i banksektorn, vilket enligt artikel 87.3 b i EG-fördraget kan motivera stöd för att avhjälpa en allvarlig störning i den tyska ekonomin.

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

(176) Artikel 86.2 i EG-fördraget, som under vissa förutsättningar tillåter undantag från fördragets bestämmelser om statligt stöd, gäller i princip även sektorn för finansiella tjänster. Detta har kommissionen bekräftat i sin rapport ”Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inom banksektorn” ([1]).

([1]) Rapporten förelades rådet (ekonomi och finans) den 23 november 1998, men offentliggjordes inte. Den kan erhållas från kommissionens generaldirektorat för konkurrens, avdelning IV och finns också på kommissionens webbplats.

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

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

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

5. *INGA KVARVARANDE STÖD*

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

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

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

VI. **SLUTSATSER**

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

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

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

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

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

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

Artikel 2

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

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

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

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

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

Artikel 3

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

Det belopp som skall återkrävas skall innefatta ränta, som skall löpa från den dag det otillåtna stödet ställdes till stödmottagarens förfogande till den dag det återbetalas.

Räntan skall beräknas enligt bestämmelserna i kapitel V i kommissionens förordning (EG) nr 794/2004 ([1]).

Artikel 4

Tyskland skall inom två månader från dagen för delgivningen av detta beslut genom att fylla i frågeformuläret i bilagan underrätta kommissionen om de åtgärder som har vidtagits för att följa detta beslut.

Artikel 5

Detta beslut riktar sig till Förbundsrepubliken Tyskland.

Utfärdat i Bryssel den 20 oktober 2004.

På kommissionens vägnar

Mario MONTI

Ledamot av kommissionen

([1]) EUT L 140, 30.4.2004, s. 1.

BILAGA

UPPGIFTER OM GENOMFÖRANDET AV KOMMISSIONENS BESLUT

1. **Beräkning av det belopp som skall återkrävas**

1.1. Följande detaljuppgifter önskas om det olagliga stöd som har betalats till stödmottagaren:

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

(°) Datum när (delar av) stödet ställdes till stödmottagarens förfogande (använd flera rader om åtgärden innebär flera enskilda utbetalningar och återbetalningar)
(*) Belopp som ställts till stödmottagarens förfogande (i bruttostödsekvivalenter)

Anmärkningar:

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

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

2.1. Redogör noggrant för vilka åtgärder som planeras respektive redan vidtagits för att stödet skall betalas tillbaka omedelbart och effektivt. Ange också den nationella lagstiftningens eventuella alternativa åtgärder för att kräva tillbaka stödet. Ange också den rättsliga grunden för de vidtagna eller planerade åtgärderna, där så är relevant.

2.2. När kommer återbetalningen att vara gjord?

3. **Redan återkrävda belopp**

3.1. Följande detaljuppgifter önskas om de stödbelopp som stödmottagaren redan har betalat tillbaka:

Datum (°)	Återbetalt belopp	Valuta	Stödmottagarens namn och adress

(°) Återbetalningsdatuùm

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