ACÓRDÃO DO TRIBUNAL GERAL (Quarta Secção)

3 de Março de 2010 *

No processo T-36/06,

Bundesverband deutscher Banken eV, com sede em Berlim (Alemanha), representado por H.-J. Niemeyer e K.-S. Scholz, advogados,

recorrente,

contra

Comissão Europeia, representada por N. Khan e T. Scharf, na qualidade de agentes,

recorrida,

* Língua do processo: alemão.

apoiada por:

Land Hessen (Alemanha), representado inicialmente por H.-J. Freund e M. Holzhäuser, e em seguida por Freund e S. Lehr, advogados,

e por

Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, com sede em Frankfurt am Main (Alemanha), representada por H.-J. Freund, advogado,

interveniente,

que tem por objecto um pedido de anulação da Decisão C(2005)3232 final da Comissão, de 6 de Setembro de 2005, relativa à transferência do Hessischer Investionsfonds para o Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale enquanto participação passiva,

O TRIBUNAL GERAL (Quarta Secção),

composto por: O. Czúcz (relator), presidente, V. Vadapalas e I. Labucka, juízes,

secretário: C. Kristensen, administradora,

vistos os autos e após a audiência de 9 de Setembro de 2008,

profere o presente

Acórdão

Antecedentes do litígio

A — *Participação controvertida*

1 O Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (a seguir «Helaba») é um dos maiores bancos da Alemanha. Tem o estatuto jurídico de organismo de direito público. Desde 1 de Janeiro de 2001, os proprietários do Helaba são o Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, com uma participação de 85%, o Land Hessen (a seguir «*Land*»), com uma participação de 10%, e o *Land* da Turíngia, com uma participação de 5%. O Helaba exerce as funções de banco do *Land* de Hessen Land e do *Land* da Turíngia bem como de banco central das caixas de poupança de Hesse e da Turíngia. Opera também como banco comercial, tanto no mercado nacional como nos mercados internacionais.

2 Através de uma lei de 17 de Dezembro de 1998, o *Land* criou um fundo especial designado Wohnungswesen und Zukunftsinvestition (Habitação e investimentos para o futuro, a seguir «fundo especial»). Este fundo especial é composto pelos créditos do *Land* resultantes dos créditos a juros baixos concedidos entre 1948 e 1998 para fomento da construção de habitação social. Em 31 de Dezembro de 1998, a carteira de empréstimos eleva-se a 7,829 mil milhões de marcos alemães (DEM) (cerca de 4 mil

milhões de euros). Dois peritos independentes determinaram o seu valor actualizado em 2,473 mil milhões de DEM (1,264 mil milhões de euros).

3 Para tal fim, o *Land* e o Helaba chegaram a acordo sobre as condições nas quais o fundo especial poderia ser transferido para o Helaba. Segundo o projecto de contrato, o activo especial devia ser transferido para o Helaba sob forma de participação passiva de duração indeterminada (a seguir «participação controvertida») pelo valor de 594 milhões de euros e mediante uma remuneração de 1,65% do seu valor nominal diminuído da parte da participação necessária para garantir as actividades de empréstimo ligadas a projectos de investimento locais do fundo especial. O projecto de contrato não prevê nenhuma cláusula de aumento de juros (a seguir «cláusula de step-up») por força da qual a remuneração aumenta ao fim de um certo tempo.

4 Em conformidade com o artigo 2.º do projecto de contrato, o direito à remuneração desaparece quando o Helaba sofra perdas anuais, ou seja, quando o cômputo dos seus resultados apresenta perdas para o exercício precedente, na medida em que o pagamento da remuneração levaria a uma perda contabilística anual. As remunerações não pagas são pagas durante os anos seguintes desde que não haja perdas anuais e na medida em que o pagamento da remuneração não leve as essas perdas. A participação controvertida participa plenamente nas perdas, mas qualquer diminuição do seu valor deverá ser compensada pelo Helaba durante o ano seguinte até atingir o seu valor nominal. O pagamento da remuneração da participação controvertida é prioritário relativamente aos dividendos sobre o capital social e a uma dotação para as reservas.

5 Em conformidade com o artigo 4.º do projecto de contrato, a renúncia da participação controvertida pelo *Land* está excluída. Nos termos do n.º 8 desta disposição, «[e]m caso de processo de falência ou de liquidação do [Helaba], a participação [controvertida] só será reembolsada após satisfação de todos os credores do [Helaba], incluindo os titulares de títulos participativos bem como os credores de outros capitais de

garantia na acepção do artigo 10.º, n.º 5a, do KWG, mas antes da dos detentores de quotas no capital social».

B — *Procedimento administrativo e decisão impugnada*

6 Por carta de 4 de Junho de 2004, a República Federal da Alemanha notificou a sua intenção de realizar a participação controvertida e pediu à Comissão Europeia que declarasse que a participação não constituía um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

7 Em 4 de Agosto de 2004, a Comissão pediu informações complementares as quais lhe foram fornecidas pela República Federal da Alemanha por cartas de 31 de Agosto e 7 de Setembro de 2004.

8 Por carta de 29 de Setembro de 2004, a Comissão pediu à República Federal da Alemanha, em conformidade com as disposições do artigo 4.º, n.º 5, do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo [88.º CE] (JO L 83, p. 1), que consentisse na prorrogação do prazo de dois meses no qual deve proceder ao exame preliminar da medida notificada. Por carta de 7 de Outubro de 2004, a República Federal da Alemanha consentiu na prorrogação do referido prazo até 31 de Dezembro de 2004.

9 Por cartas de 15 e 22 de Novembro de 2004, a Comissão pediu outras informações à República Federal da Alemanha.

10 Por carta de 21 de Dezembro de 2004, a Comissão fixou à República Federal da Alemanha o prazo de 30 dias para a comunicação das informações pedidas e declarou que consideraria a informação retirada, na acepção do artigo 5.º, n.º 3, do Regulamento n.º 659/1999, caso as informações não fossem fornecidas em tempo útil.

11 Por carta de 30 de Março de 2005, a República Federal da Alemanha forneceu informações complementares sobre a conformidade com o mercado. A Comissão pediu outras informações por carta de 20 de Maio de 2005, à qual a República Federal da Alemanha respondeu por carta de 3 de Junho de 2005.

12 Através da sua decisão C (2005) 3232 final, de 6 de Setembro de 2005, relativa à transferência do Hessischer Investitionsfonds para o Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale enquanto participação passiva (a seguir «decisão impugnada»), a Comissão decidiu, no termo da fase preliminar de exame, que a participação controvertida não constituía um auxílio de Estado.

13 Na decisão impugnada, a Comissão refere que, a fim de examinar se a participação controvertida confere uma vantagem ao Helaba susceptível de ser qualificada de auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, há que aplicar o critério do «investidor que actua numa economia de mercado» (a seguir «investidor privado») nos termos do qual não constituem auxílios as entradas de capitais realizadas em condições nas quais um investidor privado estaria disposto a ceder fundos a uma empresa privada comparável. A Comissão remete, a este respeito, para o acórdão do Tribunal de 6 de Março de 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Comissão (T-228/99 e T-233/99, Colect., p. II-435, a seguir «acórdão WestLB»).

14 No que respeita, em primeiro lugar, à qualificação jurídica e económica, a Comissão considera que a participação controvertida é comparável a outras participações passivas realizadas no mercado e que, consequentemente, o carácter conforme com o mercado da remuneração acordada entre as partes pode ser apreciado por comparação

com a remuneração dessas participações passivas. A este respeito, a Comissão, em primeiro lugar, observa que a participação controvertida foi expressamente qualificada de participação passiva no projecto de contrato. Afirma, em segundo lugar, que as condições da participação controvertida são comparáveis às de outras participações passivas na medida em que a referida participação deve ser reembolsada antes do capital social e que o *Land* recebe a integralidade da remuneração acordada e não um dividendo proporcional aos benefícios. Acrescenta que existem no mercado participações passivas de duração indeterminada sem cláusulas de step-up, como a participação controvertida, e que o volume desta não é inabitual. Por último, numa nota de rodapé, remete, no que respeita à qualificação da participação, para a sua Decisão 2006/742/CE, de 20 de Outubro de 2004, relativa a um auxílio concedido pela Alemanha a favor do Helaba (JO 2006, L 307, p. 159), em causa no processo que deu origem ao acórdão do Tribunal desta data, Bundesverband deutscher Banken/ /Comissão (T-163/05, Colect., p. II-387).

15 A Comissão calcula seguidamente a remuneração adequada do capital que pode ser utilizado pelo Helaba para garantir a extensão das suas actividades de crédito. Explica a este respeito que, no mercado, a remuneração de participações passivas corresponde a uma taxa de referência acrescida de uma majoração de remuneração (a seguir «remuneração de garantia»). Considera, no entanto, que, no caso vertente, a parte que corresponde à taxa de referência deve ser deduzida da remuneração conforme com o mercado para ter em conta o facto da participação controvertida não proporcionar liquidez ao Helaba. Em contrapartida, considera que o imposto sobre as explorações industriais e comerciais (a seguir «imposto profissional») que devem pagar os investidores industriais e comerciais que exercem as suas actividades na Alemanha e que, no caso vertente, deve ser pago pelo Helaba porque o *Land* a tal não é obrigado, deve ser acrescentado à taxa de remuneração acordada entre as partes uma vez que faz parte dos encargos suportados pelo Helaba devido à participação controvertida.

16 Quanto ao cálculo da remuneração de garantia conforme com o mercado, a Comissão baseia as suas conclusões em dois relatórios periciais de bancos de investimento, bem como no relatório de uma sociedade de peritos em contabilidade relativo a esses relatórios. Atentos estes três relatórios, a Comissão considera razoável partir de uma remuneração de garantia de 65 a 90 pontos de base, correspondente à majoração constatada no mercado para participações passivas de emissores do sector bancário

europeu, emitidas em euros, de duração indeterminada e que incluem uma cláusula de step-up.

17 A Comissão examina se há que aplicar majorações ou diminuições a esta remuneração de garantia para ter em conta as especificidades da participação controvertida em comparação com as participações passivas utilizadas como referência para o cálculo da referida remuneração. A este respeito, considera que deve ser aplicada uma majoração de 30 a 40 pontos de base para ter em conta o facto da participação controvertida, diversamente das participações passivas de duração indeterminada que foram utilizadas como referência, não incluir nenhuma cláusula de step-up. Considera, no entanto, que não é necessário aplicar uma majoração nem devido ao facto de, na sequência da participação controvertida, a quota de participações passivas nos fundos próprios de base do Helaba ser de 57%, sendo assim nitidamente mas elevado do que a parte deste tipo de instrumentos nos fundos próprios dos bancos privados, nem devido ao facto da participação controvertida elevar a parte das participações passivas que o *Land* detém nos fundos próprios de base do Helaba para 44%. A Comissão considera, por último, potencialmente justificada uma majoração de 10 pontos de base para ter em conta o facto da remuneração apenas ser paga se o Helaba obtiver um benefício anual, mas não se pronuncia definitivamente sobre a questão, uma vez que a tomada em consideração desta majoração não modifica a apreciação final.

18 Por último, tendo em conta todas estas considerações, a Comissão conclui que a remuneração conforme com o mercado por uma participação como a participação controvertida é de 1 a 1,4%. Considera, por conseguinte, que a taxa de remuneração de 1,65% acordada entre o Helaba e o *Land*, à qual acresce o encargo representado pelo imposto profissional, não traz ao Helaba vantagem alguma e não pode, portanto, ser qualificado de auxílio de Estado.

19 Acrescenta que, em Maio de 2005, o Helaba vendeu a investidores institucionais privados uma participação passiva de duração indeterminada, sem cláusula de step-up, no valor de 250 milhões de euros, e que essa participação é remunerada à taxa de 5,5% por ano. Explica que a taxa de 5,5% corresponde à taxa de referência (Tibeur ou Mid-Swap, precisando a decisão impugnada que esta última era, à data da sua adopção, de 3,84%) acrescida de uma remuneração de garantia. Considera que as condições desta participação passiva confirmam a sua apreciação segundo a qual a

remuneração acordada para a participação controvertida é conforme com uma remuneração no mercado, bem como o facto de que o Helaba podia colocar uma participação passiva no mercado se não obtivesse a participação controvertida.

Tramitação processual e pedidos das partes

20 Por petição apresentada na secretaria do Tribunal Geral em 26 de Janeiro de 2006, o recorrente, o Bundesverband deutscher Banken eV (Federação alemã de bancos privados) interpôs o presente recurso.

21 Por requerimentos apresentados na Secretaria do Tribunal Geral, respectivamente em 6 e 13 de Junho de 2006, o Helaba e o *Land* pediram para intervir no presente processo em apoio da Comissão. Por despacho de 14 de Setembro de 2006, o presidente da Terceira Secção do Tribunal Geral admitiu as intervenções. Os intervenientes apresentaram os seus articulados nos prazos fixados. O recorrente e a Comissão apresentaram igualmente as suas observações sobre os referidos articulados nos prazos fixados.

22 Tendo a composição das secções do Tribunal Geral sido alterada, o juiz-relator foi afecto à Quarta Secção, à qual o presente processo foi, por conseguinte atribuído.

23 Tendo em vista o fim do mandato de um dos membros da secção, o presidente do Tribunal Geral designou outro membro para a completar, em aplicação do disposto no artigo 32.º, n.º 3, do Regulamento de Processo do Tribunal.

24 Par carta de 20 de Maio de 2008, o Tribunal Geral ordenou à Comissão que apresentasse certos documentos, entre os quais, a versão confidencial da decisão impugnada. A Comissão deu cumprimento a este pedido no prazo fixado.

25 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal Geral (Quarta Secção) decidiu dar início à fase oral.

26 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às perguntas colocadas pelo Tribunal na audiência de 9 de Setembro de 2008.

27 Nessa ocasião foi decidido, antes de encerrar a fase oral, permitir à Comissão responder por escrito a uma das perguntas colocadas pelo Tribunal. A Comissão apresentou a sua resposta e a recorrente as suas observações nos prazos fixados. A fase oral foi encerrada em 8 de Outubro de 2008.

28 O recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão impugnada;

— condenar a Comissão nas despesas.

29 A Comissão, apoiada pelo Helaba, conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:

— declarar o recurso inadmissível e, subsidiariamente, negar-lhe provimento;

— condenar o recorrente nas despesas.

30 O *Land* conclui pedindo que o Tribunal Geral se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar o recorrente nas despesas.

Questão de direito

1. *Quanto à admissibilidade*

31 A Comissão, apoiada pelo Helaba, defende que o recurso é inadmissível uma vez que a decisão impugnada não diz individualmente respeito ao recorrente.

32 Recorde-se que o juiz pode apreciar, consoante as circunstâncias de cada caso específico, se uma boa administração da justiça justifica que o recurso seja julgado improcedente sem decidir previamente sobre a questão de inadmissibilidade suscitada pelo recorrido (acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Fevereiro de 2002, Conselho/ /Boehringer, C-23/00 P, Colect., p. I-1873, n.os 51 e 52, e acórdão do Tribunal Geral de 13 de Setembro de 2006, Sinaga/Comissão, T-217/99, T-321/00 e T-222/01, não publicado na Colectânea, n.º 68).

33 Nas circunstâncias do caso presente, o Tribunal Geral considera que devem ser examinados de imediato os fundamentos invocados pela recorrente, sem decidir previamente da questão de inadmissibilidade suscitada pela Comissão, uma vez que o recurso de anulação é, de qualquer modo e pelas razões a seguir expostas, desprovido de fundamento.

2. *Quanto ao mérito*

34 O recorrente apresenta três fundamentos relativos, respectivamente, a falta de fundamentação, violação do artigo 87.º CE e violação dos seus direitos processuais pelo facto de a Comissão não ter dada início ao procedimento formal de investigação previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE.

Quanto ao fundamento relativo a falta de fundamentação

35 O recorrente alega que a decisão impugnada não está suficientemente fundamentada quanto à qualificação como participação passiva da participação controvertida para efeitos de comparação com o mercado, quanto à tomada em consideração do imposto profissional, quanto à dedução das despesas de refinanciamento e quanto ao carácter conforme da remuneração com o mercado.

Quanto à qualificação da participação controvertida

— Argumentos das partes

36 O recorrente alega que a apreciação da Comissão, que figura no considerando 25 da decisão impugnada, segundo a qual a participação controvertida «é comparável com outras participações passivas conformes com o mercado», não está suficientemente fundamentada.

37 Em primeiro lugar, o recorrente critica o facto de a Comissão basear a sua apreciação quanto à qualificação da participação controvertida no projecto de contrato sem resumir o seu conteúdo. Afirma que a Comissão se limitou a fazer referência ao facto de as partes à participação controvertida terem qualificado esta, no projecto de contrato, como participação passiva e que, por conseguinte, não fundamentou a possibilidade de comparação da participação controvertida com outras participações passivas conformes com o mercado.

38 Em segundo lugar, alega que a Comissão não fundamenta a sua afirmação, que figura no considerando 26 da decisão impugnada, segundo a qual a participação controvertida deve ser reembolsada, em caso de liquidação ou de falência, antes do capital social, mesmo que o contrato relativo à participação em causa no processo que deu origem ao acórdão desta data, Bundesverband deutscher Banken/Comissão (T-163/05), n.º 14, *supra*, previsse que o reembolso desta não era prioritário relativamente ao reembolso do capital social.

39 Em terceiro lugar, sustenta que a afirmação, que figura no considerando 26 da decisão impugnada, segundo a qual o *Land* recebe «a integralidade da remuneração acordada ao passo que o investidor no capital social possui apenas um direito ao pagamento de

um dividendo proporcional aos benefícios» não é clara e não permite saber o que é que a Comissão pretende provar ao fazer tal comparação.

40 Em quarto lugar, a Comissão não fundamenta as afirmações, que figuram no considerando 27 da decisão impugnada, segundo as quais «existem participações passivas sem cláusula de [step-up] no mercado de capitais» e «o volume da participação passiva em questão também não é inabitual». O recorrente entende que, se a Comissão queria provar estas afirmações baseando-se nas emissões de 1998 e de 1999 às quais tinha feito referência na decisão 2006/742, deveria ter incluído a parte correspondente dessa primeira decisão na decisão impugnada. Considera, além disso, que a Comissão não justificou por que razão a situação no mercado de capitais em 1998 e em 1999 era comparável à que existia no momento da adopção da decisão impugnada, ou seja, ao longo do verão de 2005. Alega igualmente que, na decisão 2006/742, a Comissão se limitou a reproduzir os argumentos invocados pela República Federal da Alemanha a propósito das emissões de 1998 e de 1999. Nas suas observações sobre os articulados de intervenção, acrescenta que a decisão impugnada não satisfazia o dever de fundamentação uma vez que, na sua versão não confidencial, as participações passivas mencionadas não são identificáveis em razão do anonimato dos bancos.

41 Em quinto lugar, a Comissão não fundamentou suficientemente a sua afirmação, que figura no considerando 29 da decisão impugnada, segundo a qual a participação controvertida apresenta para o *Land* «diversas vantagens» relativamente a um investimento no capital social. O recorrente alega a este respeito que as afirmações da Comissão são «superficiais», «parciais» e «desprovidas de substância».

42 A Comissão, apoiada pelo Helaba, contesta que a decisão impugnada esteja insuficientemente fundamentada no que diz respeito à qualificação da participação controvertida como participação passiva. O *Land* não apresentou argumentos a este respeito.

— Apreciação do Tribunal Geral

43 Recorde-se que o alcance do dever de fundamentação depende da natureza do acto em causa e do contexto em que é adoptado. A fundamentação deve deixar transparecer de forma clara e inequívoca o raciocínio da instituição, de maneira a permitir, por um lado, ao juiz exercer a sua fiscalização da legalidade e, por outro, aos interessados conhecerem as razões que justificam a medida adoptada, a fim de poderem defender os seus direitos e verificar se a decisão tem fundamento ou não (acórdão WestLB, n.º 13, *supra*, n.º 278).

44 Não é exigido que a fundamentação especifique todos os elementos de facto e de direito pertinentes, na medida em que a questão de saber se a fundamentação de um acto satisfaz as exigências do artigo 253.º CE deve ser apreciada à luz não somente do seu teor mas também do seu contexto e do conjunto das normas jurídicas que regem a matéria em causa (acórdão WestLB, n.º 13, *supra*, n.º 279).

45 Em especial, a Comissão não é obrigada a tomar posição sobre todos os argumentos perante ela invocados pelos interessados, bastando-lhe expor os factos e as considerações jurídicas que assumam uma importância essencial na economia da decisão (acórdão WestLB, n.º 13, *supra*, n.º 280).

46 No que diz respeito, em especial, a uma decisão da Comissão que considere que a medida notificada não constitui um auxílio, o dever de fundamentação exige que sejam indicadas as razões pelas quais a Comissão considera que a medida em causa não entra no campo de aplicação do artigo 87.º, n.º 1, CE.

47 Por outro lado, resulta de jurisprudência assente que o dever de fundamentação constitui uma formalidade essencial que importa distinguir da questão da procedência da

fundamentação, a qual se integra na validade material do acto controvertido (v. acórdão do Tribunal de 12 de Setembro de 2007, Itália/Comissão, T-239/04 e T-323/04, Colect., p. II-3265, n.º 117, e jurisprudência referida).

48 No que diz respeito, primeiramente, à crítica do recorrente relativa ao facto de a Comissão se basear no projecto de contrato não obstante o conteúdo deste não ser reproduzido na decisão impugnada nem conhecido do recorrente ou do Tribunal, basta observar que, ainda que a Comissão não reproduza textualmente as disposições do projecto de contrato, menciona os diferentes elementos que resultam do referido projecto nos quais baseia a sua apreciação jurídica, pelo que tanto o recorrente como o Tribunal estão em posição de conhecer o seu raciocínio.

49 Quanto ao argumento segundo o qual a Comissão se limitou a fazer referência ao facto de as partes na participação controvertida qualificaram esta última, no projecto de contrato, como participação passiva, importa observar que, por um lado, a Comissão não se baseou unicamente na qualificação dada pelas partes na participação controvertida e, por outro, que, mesmo que o tivesse feito, esta circunstância não viciaria a decisão impugnada de falta de fundamentação, uma vez que a questão de saber se a Comissão pode qualificar a participação baseando-se unicamente na qualificação dada pelas diz respeito à procedência dos fundamentos apresentados pela Comissão e não ao seu carácter suficiente.

50 Quanto, em segundo lugar, à pretensa falta de fundamentação da afirmação da Comissão segundo a qual a participação controvertida deve ser reembolsada, em caso de liquidação ou de falência, antes do capital social, observe-se que a referida afirmação corresponde à simples constatação de um elemento resultante do projecto de contrato (v. n.º 5, *supra*) e que, por conseguinte, a mesma não requeria fundamentação suplementar. As dúvidas manifestadas pelo recorrente quanto à questão de saber se esta constatação está ou não errada não dizem respeito ao carácter suficiente da fundamentação da decisão impugnada, mas à sua procedência e, em especial, à exactidão material dos factos nos quais a Comissão se baseou.

51 Quanto, em terceiro lugar, à fundamentação da afirmação da Comissão segundo a qual o *Land* recebe «a integralidade da remuneração acordada ao passo que o investidor no capital social possui apenas um direito ao pagamento de um dividendo proporcional aos benefícios», basta observar que é evidente, pela leitura da frase completa do considerando 26 da decisão impugnada, que refere que o *Land* recebe «como qualquer investidor numa participação passiva no mercado de capitais» a integralidade da referida remuneração, que a Comissão considerou que a forma da remuneração acordada para a participação controvertida era característica das participações passivas, e não do capital social, e que esta a circunstância, entre outras, militava a favor da qualificação como participação controvertida da participação passiva. As dúvidas manifestadas pelo recorrente quanto à questão de saber se a forma da remuneração acordada para a participação controvertida é efectivamente característica das participações passivas não dizem respeito à fundamentação da decisão impugnada, mas à sua procedência.

52 Quanto, em quarto lugar, à fundamentação das afirmações da Comissão segundo as quais «existem participações passivas sem cláusula de [step-up] no mercado de capitais» e «o volume da participação passiva em questão não é […] inabitual», basta observar que a Comissão se limitou a constatar duas circunstâncias que resultam claramente das informações fornecidas pelos relatórios periciais, nomeadamente das operações realizadas no mercado às quais faz referência nos considerandos 49 e 56 da decisão impugnada. A remissão para a Decisão 2006/742 que figura na nota de rodapé não diz respeito a estas duas constatações de facto mas à globalidade do raciocínio da Comissão quanto à qualificação como participação controvertida da participação passiva para efeito da comparação da remuneração acordada com o mercado. A Comissão, uma vez que não tinha baseado estas afirmações nos dados de mercado relativos a 1998 e a 1999, não tinha que justificar por que razão a situação do mercado em 1998 e em 1999 era comparável à que existia no momento em que a decisão impugnada foi adoptada.

53 No que diz respeito ao argumento segundo o qual a Comissão não podia remeter para a Decisão 2006/742 e deveria ter reproduzido na decisão impugnada as partes pertinentes desta decisão, importa referir que este argumento é infirmado pela jurisprudência segundo a qual uma decisão está suficientemente fundamentada quando remete para um documento que já está na posse do destinatário e que contém os

elementos nos quais a instituição baseou a sua decisão (v., neste sentido e por analogia, acórdão do Tribunal Geral de 24 de Abril de 1996, Industrias Pesqueras Campos e o./Comissão, T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 e T-234/94, Colect., p. II-247, n.º 144), o que se verifica no caso presente, uma vez que o recorrente recebeu uma cópia da Decisão 2006/742 desde a adopção desta, vários meses antes da adopção da decisão impugnada.

54 Quanto ao argumento relativo a fundamentação insuficiente da decisão impugnada visto as participações passivas utilizadas a título de comparação não serem identificáveis em razão do anonimato dos bancos emissores, sublinhe-se que o recorrente critica na realidade o carácter incompleto da versão não confidencial de que dispunha no momento em que interpôs o recurso e não a fundamentação da decisão impugnada enquanto tal. Além disso, refira-se que, no caso vertente, a ocultação de certos dados nesta versão não era de molde a impedir o recorrente de defender os seus direitos e de verificar o fundamento da decisão impugnada. Com efeito, por um lado, não obstante o facto de os nomes dos bancos emissores das participações em causa estarem dissimulados, a versão não confidencial da decisão impugnada contém, de modo suficientemente compreensível, os elementos de apreciação que permitiram à Comissão definir a sua posição. Por outro lado, e de qualquer modo, a versão confidencial da decisão impugnada, conforme esta foi notificada à República Federal da Alemanha, foi comunicada ao recorrente ao longo do processo (v. n.º 24, *supra*) sem que tenham sido objecto de novas observações baseadas nas passagens em questão.

55 No que diz respeito, em quinto lugar, à apreciação da Comissão segundo a qual a participação controvertida apresenta vantagens para o *Land* relativamente a um investimento no capital social, note-se que o recorrente, ao referir que as afirmações da Comissão são «superficiais», «parciais» e «desprovidas de substância», na realidade, não questiona que a fundamentação seja suficiente, mas sim que a apreciação tenha fundamento.

56 Nestas circunstâncias, impõe-se considerar que a decisão impugnada não está insuficientemente fundamentada no que diz respeito à qualificação da participação controvertida.

Quanto à tomada em consideração do imposto profissional

— Argumentos das partes

57 O recorrente alega que a decisão impugnada não contém fundamentação alguma quanto à apreciação, que figura no considerando 36, segundo a qual «[u]m investidor institucional que actua numa economia de mercado teria […] exigido uma remuneração mas elevada do que o *Land* a fim de compensar o encargo que tem de suportar devido ao [imposto profissional]» e o «Helaba, por seu lado, teria estado disposto a pagar essa majoração da remuneração e esse investidor».

58 A Comissão, apoiada pelo Helaba, contesta que a decisão impugnada esteja insuficientemente fundamentada no que diz respeito à tomada em consideração do imposto profissional enquanto encargo que deve ser suportado pelo Helaba em razão da participação controvertida. O *Land* não apresentou argumentos a este respeito.

— Apreciação do Tribunal Geral

59 Refira-se que a Comissão mas não fez, no caso presente, do que aplicar a conclusão a que chegou na Decisão 2006/742 quanto à participação em causa no referido processo. Esta decisão, como resulta do anteriormente exposto (v. n.º 53, *supra*), já estava em poder do recorrente.

60 Ora, o exame da Decisão 2006/742 e dos argumentos do recorrente quanto ao erro manifesto de apreciação pretensamente cometido pela Comissão e este respeito, efectuado nos n.ºs 188 a 192 do acórdão desta data, Bundesverband deutscher Banken/ /Comissão (T-163/05), n.º 14 *supra*, não revelou nenhuma falta de fundamentação que

impedisse o recorrente de contestar a referida decisão ou o Tribunal de apreciar o respectivo fundamento.

61 Daqui resulta que, de qualquer modo, a decisão impugnada se situa na linha de uma prática decisória, conhecida do recorrente, e que a mesma podia, por conseguinte, ser fundamentada de modo resumido (v. neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Novembro de 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique e o./Comissão, 73/74, Colect., p. 503, n.º 31).

Quanto à dedução das despesas de refinanciamento

— Argumentos das partes

62 O recorrente alega que os considerandos 37 a 41 da decisão impugnada não permitem saber quais foram os critérios em que a Comissão se baseou para chegar à conclusão segundo a qual o Helaba suporta efectivamente despesas de refinanciamento suplementares, em relação ao que se verificaria se tivesse recebido uma participação passiva líquida, no valor da taxa de refinanciamento bruta, nem entender por que razão o carácter fiscalmente dedutível da remuneração justifica a dedução das despesas de refinanciamento.

63 A Comissão, apoiada pelo Helaba, contesta que a decisão impugnada esteja insuficientemente fundamentada no que diz respeito à tomada em consideração do facto do Helaba suportar, no caso vertente, despesas de refinanciamento suplementares. O *Land* não apresentou argumentos a este respeito.

— Apreciação do Tribunal Geral

64 Observe-se que, como refere o recorrente na sua petição, a Comissão limitou-se, no caso presente, a aplicar a conclusão a que tinha chegado na Decisão 2006/742 relativamente à participação que aí estava em causa.

65 Nestas circunstâncias, e dado que o Tribunal considerou no seu acórdão desta data, Bundesverband deutscher Banken/Comissão (T-163/05), n.º 14, *supra*, que a Comissão tinha fundamentado suficientemente a sua conclusão (v. n.ºs 265 a 267 do acórdão), devem ser afastados os argumentos do recorrente relativos à pretensa falta de fundamentação da decisão impugnada, uma vez que esta podia, de qualquer modo, ser entendida à luz da fundamentação contida na Decisão 2006/742 (v. n.º 61, *supra*).

Quanto ao carácter conforme com o mercado da remuneração acordada entre o *Land* e o Helaba

— Argumentos das partes

66 O recorrente alega que os fundamentos apresentados pela Comissão para concluir pelo carácter conforme com o mercado da remuneração acordada entre o *Land* e o Helaba são insuficientes. Sustenta, a este respeito, que a afirmação que figura no considerando 69 da decisão impugnada, segundo a qual o facto de participações passivas representarem uma parte importante dos fundos próprios de base tem por efeito o aumento da possibilidade de recurso às referidas participações «em vez do capital social», é insuficiente e contraditória em relação à sua afirmação segundo a qual, em caso de falência, as participações passivas devem ser reembolsadas antes do capital social. Considera igualmente que a afirmação da Comissão, que figura no considerando 73 da decisão impugnada, segundo a qual o *Land* exerce uma influência significativa na determinação do perfil do risco do Helaba, não está fundamentada e que a Comissão não explica se as condições da emissão de 500 milhões de euros, que refere no considerando 74 da decisão e que foi subscrita por um único investidor,

são comparáveis às da participação controvertida pelo que nem o recorrente nem o Tribunal podem averiguar da possibilidade de comparação das duas participações.

67 A Comissão, apoiada pelo Helaba, contesta que a decisão impugnada esteja insuficientemente fundamentada quanto ao carácter conforme com o mercado da remuneração acordada para a participação controvertida. O *Land* não apresentou argumentos a este respeito.

— Apreciação do Tribunal Geral

68 Quanto à afirmação da Comissão segundo a qual o facto de participações passivas representarem uma parte importante dos fundos próprios de base tem por efeito o aumento da possibilidade de recurso às referidas participações «em vez de ao capital social», observe-se que, ainda que a sua formulação seja imperfeita, resulta claramente da leitura, no seu todo, da decisão impugnada que a Comissão não pretendia, através desta afirmação, definir a ordem de prioridade entre o capital social e as participações passivas em caso de falência, mas sim referir que o risco do capital social não ser suficiente, em caso de dificuldades económicas, é mas importante quando as participações passivas representam uma parte importante dos fundos próprios de base. Esta afirmação não impede, por conseguinte, o recorrente de contestar a decisão impugnada nem o Tribunal de apreciar a sua legalidade.

69 Quanto à afirmação da Comissão segundo a qual o *Land* exerce uma influência significativa na determinação do perfil de risco do Helaba, observe-se que a Comissão explicou, no considerando 73 da decisão impugnada, qual era o fundamento desta afirmação. Embora seja verdade que esta explicação foi dissimulada na versão não confidencial da decisão impugnada de que dispunha o recorrente na data em que interpôs o seu recurso, a versão confidencial desta decisão foi apresentada pela Comissão a pedido do Tribunal e comunicada ao recorrente antes da audiência (v. n.º 24,

supra). Nestas circunstâncias, deve considerar-se que o recorrente teve possibilidade de defender os seus direitos.

70 Quanto ao facto de a Comissão não explicar se as condições da emissão de 500 milhões de euros subscrita por um único investidor são comparáveis às da participação controvertida, observe-se que resulta da decisão impugnada que a Comissão refere este exemplo para mostrar que a concentração por um investidor dos seus riscos numa só empresa não está excluída. Ora, a questão de saber se o facto desse essa concentração de riscos numa dada empresa não estar excluída basta para considerar a remuneração acordada entre o *Land* e o Helaba conforme com o mercado não diz respeito à fundamentação da decisão impugnada, mas à sua procedência.

71 Nestas circunstâncias, impõe-se considerar que a decisão impugnada não padece de falta de fundamentação no que diz respeito à conformidade da remuneração acordada para a participação controvertida com o mercado.

72 O fundamento relativo a falta de fundamentação da decisão impugnada é, portanto, julgado improcedente.

Quanto ao fundamento relativo a violação do artigo 87.º CE

Argumentos das partes

73 O recorrente alega que a Comissão violou o artigo 87.º CE ao considerar que a remuneração acordada para a participação controvertida é conforme com o critério do investidor privado e não constitui, por conseguinte, um auxílio de Estado.

74 A este respeito, alega que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao considerar, primeiramente, que o imposto profissional devido pelo Helaba deve ser acrescentado à taxa de remuneração acordada entre o *Land* e o Helaba para fins de comparação com o mercado, uma vez que faz parte do encargo que o Helaba suporta em razão da participação, em segundo lugar, que o facto do Helaba suportar despesas para obter no mercado a liquidez que a participação controvertida não lhe proporciona deve ser tomado em consideração, e em terceiro lugar, que a remuneração de garantia conforme com o mercado é inferior à taxa de 1,65% acordada entre as partes e aumentada pelo impacto do imposto profissional.

75 No que diz respeito à tomada em consideração do imposto profissional, bem como das despesas de refinanciamento suportadas pelo Helaba em razão da falta de liquidez da participação controvertida, o recorrente reitera, em substância, os argumentos que apresentou no âmbito do processo que deu origem ao acórdão desta data, Bundesverband deutscher Banken/Comissão (T-163/05), n.º 14, *supra*, e que foram expostos, respectivamente, nos n.ºs 185 e 186, bem como no n.º 263 do referido acórdão.

76 Quanto ao nível adequado da remuneração, sustenta, em substância, que a participação controvertida apresenta um perfil de risco superior ao das participações passivas emitidas no mercado e que, por conseguinte, um investidor privado teria exigido para a referida participação uma remuneração superior à exigida no mercado para as participações passivas. Baseia-se no volume da participação controvertida, na impossibilidade do *Land* retirar o investimento e no risco de perda em caso de falência. Considera, além disso, que o facto de a remuneração acordada para a participação controvertida ser fixa não é pertinente para a determinação da taxa conforme com o mercado e que a Comissão não podia basear-se na participação passiva emitida pelo Helaba em 2005, uma vez que esta não se pode comparar com a participação controvertida.

77 A Comissão, apoiada pelo *Land* e o Helaba, contesta estes argumentos.

Apreciação do Tribunal Geral

78 Os argumentos relativos à tomada em consideração do imposto profissional e à dedução das despesas de refinanciamento, devem ser julgados improcedentes pelos motivos já expostos nos n.os 188 a 192 e 269 a 291 do acórdão desta data, Bundesverband deutscher Banken/Comissão (T-163/05), n.º 14, *supra*.

79 Os argumentos destinados a demonstrar que a participação controvertida apresenta um perfil de risco superior ao das participações passivas utilizadas pela Comissão a título de comparação, devem examinar-se sucessivamente os argumentos relativos à importância para o cálculo da remuneração conforme com o mercado, e portanto, para a apreciação da existência de um auxílio, do volume do investimento, da impossibilidade do *Land* retirar o investimento, do risco de perda em caso de falência, do facto de a remuneração acordada para a participação controvertida ser fixa, bem como à pertinência da comparação, feita pela Comissão, com a emissão do Helaba de Maio de 2005.

— Quanto ao volume do investimento

80 A este respeito, o recorrente alega que a Comissão não teve devidamente em conta a importância do investimento para fins da qualificação da participação controvertida e da comparação da remuneração acordada entre o *Land* e o Helaba com a remuneração de garantia das participações passivas emitidas no mercado.

81 Quanto, em primeiro lugar, à importância do volume do investimento para a qualificação como participação controvertida da participação passiva para fins de comparação com o mercado, o recorrente alega que o facto de a mesma ter sido subscrita por um único investidor, do *Land* deter 44% dos fundos próprios de base do Helaba e concentrar 83% dos seus investimentos num só e mesmo banco aproxima a participação

controvertida do capital social, uma vez que o risco para o *Land* é mais elevado do que a assumido por investidores que subscreveram participações passivas emitidas no mercado.

82 No que diz respeito, antes de mais, ao facto de a participação controvertida ter sido subscrita na sua totalidade por um único investidor, o recorrente alega, fazendo referência ao acórdão WestLB, n.º 13, *supra* (n.º 255), que um investidor que subscreve sozinho a totalidade de investimento não pode ter em conta o comportamento dos restantes operadores no mercado e corre, por conseguinte, um risco mais elevado.

83 Ora, observe-se que, no n.º 255 do acórdão WestLB, n.º 13, *supra*, o Tribunal considerou simplesmente, ao proceder ao exame da remuneração adequada para o investimento, e não da qualificação do investimento, que um investidor privado avisado, que é aquele que pretende rentabilizar ao máximo os seus lucros sem correr demasiados riscos em relação aos restantes operadores no mercado, exigiria, em princípio, um rendimento mínimo equivalente ao rendimento médio do sector em questão.

84 Impõe-se constatar que esta referência do Tribunal ao comportamento de outros investidores não confirma o argumento do recorrente, uma vez que não tem relação com a questão de saber se o facto de um investidor subscrever sozinho a totalidade de uma emissão aumenta o perfil de risco do investimento.

85 No que diz respeito, seguidamente, ao facto de as participações passivas subscritas pelo *Land* representarem 44% dos fundos próprios de base do Helaba e 83% dos investimentos do *Land*, refira-se que não é manifestamente errado considerar, como a Comissão implicitamente fez, que estas duas circunstâncias não são pertinentes para determinar se a participação controvertida apresenta um perfil de risco mais próximo do risco do capital social ou do risco das participações passivas existentes no mercado e, por conseguinte, para determinar se o exame da conformidade da sua remuneração com o mercado deve ser feito por referência à remuneração das participações passivas ou do capital social. De referir, a este respeito, os n.ºs 140 e 141 do

acórdão desta data, Bundesverband deutscher Banken/Comissão (T-163/05), n.º 14, *supra*, nos quais o Tribunal rejeitou argumentos semelhantes do recorrente.

86 Deve, além disso, afastar-se o argumento do recorrente segundo o qual a Comissão, ao não ter em conta a parte dos fundos próprios de base do Helaba detida pelo *Land* para efeitos da qualificação da participação controvertida, contradiz a sua Decisão 2006/737/CE, de 20 de Outubro de 2004, relativa a um auxílio concedido pela Alemanha a favor do Westdeutsche Landesbank — Girozentrale (actual WestLB AG) (JO 2006, L 307, p. 22), na qual considerou que a importância do investimento constitui um índice de semelhança com o capital social.

87 Com efeito, impõe-se constatar que, na Decisão 2006/737, não era o volume dos fundos próprios de base adquiridos pelo *Land* da Renânia do Norte-Westfália enquanto subscritor único que foi considerado como um indício que permite a equiparação a um investimento realizado no capital social, mas o volume total da operação, e isso devido ao facto de que, diversamente do presente processo, uma quantidade tão elevada de fundos próprios de base só podia, naquela época, ser obtida por um banco sob a forma de capital social, independentemente da questão de saber se investimento provinha de um só ou de vários investidores (v. considerandos 204 e seguintes da Decisão 2006/737).

88 Quanto, em segundo lugar, à importância do volume do investimento para a determinação da remuneração conforme com o mercado, o recorrente contesta os quatro argumentos em que a Comissão se baseou para considerar que não era necessário aplicar uma majoração para ter em conta o investimento significativo do *Land* no Helaba.

89 Assim, primeiramente, o recorrente contesta que o risco resultante da concentração dos investimentos do *Land* no Helaba fosse compensado pela circunstância de a remuneração do *Land* não ter sido reduzida não obstante o facto de, no mercado, a atribuição da totalidade de uma emissão a um único investidor acarretar uma redução da remuneração. Alega, a este respeito, que a referência a uma eventual diminuição

da remuneração no mercado não é pertinente no caso presente porque a participação controvertida não foi proposta a um grande número de investidores que estariam, por conseguinte, em concorrência.

90 Observe-se que o facto de a participação não ter sido negociada no mercado não torna manifestamente errado considerar que pode ser tida em conta uma diminuição da remuneração susceptível de compensar uma eventual majoração desta devido à importância da exposição ao risco do *Land* no Helaba. Com efeito, o recorrente não afirma que o Helaba não podia ter obtido no mercado, sendo caso disso, junto de vários investidores, uma participação com as mesmas características, do seu ponto de vista, que a participação controvertida (volume, duração indeterminada, remuneração de garantia). Nestas circunstâncias, podia incitar o *Land* a renunciar a uma eventual majoração da remuneração para ter em conta a sua importante exposição relativamente ao Helaba na medida em que podia ter recusado a sua proposta e obter no mercado os fundos a um custo inferior.

91 Em segundo lugar, o recorrente sustenta, no que respeita à afirmação da Comissão segundo a qual o *Land* exerce uma influência significativa na determinação do perfil de risco estratégico do Helaba, que a versão não confidencial da decisão impugnada não lhe permite conhecer as razões que levaram a Comissão a chegar a essa conclusão e que, de qualquer modo, esta não explica por que razão o *Land* devia renunciar, por isso, a uma remuneração adequada da participação controvertida.

92 Observe-se que, mesmo que o recorrente pareça contestar que a decisão impugnada esteja suficientemente fundamentada, estes argumentos figuram numa parte da petição, intitulada «Argumentos errados da Comissão», no fundamento relativo a violação do artigo 87.º CE, e não na relativa à fundamentação insuficiente.

93 De qualquer modo, quanto à razão pela qual a Comissão concluiu que o *Land* exerce uma influência significativa sobre a determinação do perfil de risco estratégico do

Helaba não figura na versão não confidencial da decisão impugnada, remete-se para o n.º 69, *supra,* onde este argumento já foi afastado pelo Tribunal.

94 No que diz respeito à relação entre a influência significativa do *Land* sobre a determinação do perfil de risco estratégico do Helaba e o montante da remuneração, refira-se que resulta da leitura dos considerandos 71 a 74 da decisão impugnada que a Comissão entendeu que essa influência, juntamente com os outros três elementos que examinou, reduz o risco que decorre para o *Land* do facto de este deter uma parte importante dos fundos próprios de base do Helaba e de nele concentrar 83% dos seus investimentos e que, por conseguinte, o *Land* não renunciou a uma remuneração mais elevada para a participação controvertida, mas aceitou uma remuneração adequada tendo em conta todas as circunstâncias da operação. Impõe-se, no entanto, constatar que o recorrente não apresenta nenhum argumento concreto destinado a demonstrar que seria manifestamente errado considerar que a influência significativa do *Land* sobre o perfil de risco do Helaba possa compensar o risco em que corre o *Land* pelo facto de deter uma parte importante dos fundos próprios de base do Helaba e de concentrar neste 83% dos seus investimentos.

95 Em terceiro lugar, o recorrente contesta a pertinência da referência feita pela Comissão a uma emissão de 500 milhões de euros, subscrita por um único investidor. Critica, a este respeito, o facto de a Comissão não ter identificado esta operação e de não ter precisado as particularidades, e alega que, nestas circunstâncias, não é possível considerar que o facto de o *Land* ter subscrito a integralidade da participação controvertida nada tem de inabitual.

96 Observe-se, como afirma o recorrente, que o simples facto de um investidor ter subscrito uma emissão de 500 milhões de euros não basta para provar que o perfil de risco da participação controvertida não implica uma remuneração mais importante do que a remuneração de garantia das participações passivas existentes no mercado. Com efeito, dado que a Comissão não examina a remuneração de garantia acordada para esta participação, a conclusão de que a concentração do *Land* no Helaba não deveria provocar uma majoração da remuneração não se pode basear neste exemplo.

97 Em quarto lugar, o recorrente contesta que o facto de o *Land* possuir participações num valor total de 361,5 milhões de euros em empresas diferentes do o Helaba diminui o forte risco de concentração que este último corre quanto ao Helaba.

98 Impõe-se constatar que o facto de o *Land* não concentrar no Helaba a totalidade dos seus investimentos, mas 87% destes, não basta, só por si, para alicerçar a conclusão da Comissão segundo a qual o investimento significativo *Land* no Helaba não justifica uma majoração da remuneração acordada para a participação controvertida.

99 No entanto, tendo em conta os n.os 88 a 94 *supra*, a circunstância de estes elementos serem mencionados pela Comissão na decisão impugnada não permitem concluir que não era necessária uma majoração da remuneração devido à concentração do risco do *Land* no Helaba não pode acarretar a anulação da decisão impugnada (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de 12 de Dezembro de 2006, SELEX Sistemi Integrati/Comissão, T-155/04, Colect., p. II-4797, n.º 47).

100 Por outro lado, refira-se que a importância do volume investido pelo *Land* no Helaba resulta em parte da sua decisão de não dividir o fundo especial em causa no processo que deu origem ao acórdão desta data, Bundesverband deutscher Banken/Comissão (T-163/05), n.º 14, *supra*, e que esta concentração dos riscos da parte do *Land* não implica um interesse específico para o Helaba que possa obrigar este último a remunerar o aumento do risco assumido pelo *Land* (v. n.os 229 e 230 do referido acórdão).

101 Atento o que precede, deve considerar-se que os argumentos do recorrente relativos ao volume do investimento do *Land* no Helaba não demonstram que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao considerar que a remuneração da participação controvertida não devia ser superior à remuneração de garantia das participações passivas existentes no mercado.

— Quanto à impossibilidade de retirar o investimento

102 O recorrente alega que a impossibilidade de o *Land* retirar o investimento constitui uma diferença determinante em relação às participações passivas existentes no mercado e critica o facto de a Comissão não a ter tomado em consideração para determinar a remuneração conforme com o mercado. O recorrente repete a este respeito os argumentos por ele invocados no âmbito do processo T-163/05 e que foram apresentados nos n.os 151 e 233 do acórdão desta data, Bundesverband deutscher Banken/Comissão (T-163/05), n.º 14 *supra*. Devem ser, portanto, ser rejeitados pelas razões expostas nos n.os 152 a 154 e 234 a 237 do referido acórdão.

— Quanto ao risco de perda em caso de falência

103 O recorrente alega que o risco de perda em caso de falência constitui uma diferença determinante em relação às participações passivas existentes no mercado e critica o facto de a Comissão não o ter tomado em consideração para determinar a remuneração conforme com o mercado. A este respeito, por um lado, repete os argumentos por ele invocados, relativos à Decisão 2006/742, apresentados no n.º 108 do acórdão desta data, Bundesverband deutscher Banken/Comissão (T-163/05), n.º 14, *supra*, e por outro, dado que não recebeu comunicação, antes da apresentação da petição, do projecto de contrato devido à sua natureza confidencial, afirma que era provável que as partes tivessem previsto uma posição inferior da participação controvertida em relação ao capital social, como considera que era o caso na participação em causa no processo que deu origem ao referido acórdão.

104 Quanto ao conteúdo do projecto de contrato, basta de constatar que o seu artigo 4.º prevê que, «[e]m caso de processo de falência ou de liquidação do [Helaba], a participação [controvertida] só será reembolsada após satisfação de todos os credores do [Helaba], incluindo os titulares de títulos participativos bem como os credores de outros capitais de garantia na acepção do artigo 10.º, n.º 5a, do KWG, mas antes da dos detentores de quotas no capital social».

105 Consequentemente, resulta do projecto de contrato que a participação controvertida beneficia de uma posição superior à do capital social e que, como a Comissão defendeu no considerando 26 da decisão impugnada, é comparável a este respeito, às participações passivas existentes no mercado, o que milita a favor da comparação da remuneração acordada entre o *Land* e o Helaba com a remuneração fixada para as participações passivas emitidas no mercado e não com a remuneração que resulta de investimentos no capital social. Observe-se que o recorrente, tendo recebido cópia do projecto de contrato na sequência de um pedido do Tribunal dirigido à Comissão, não foi objecto de observações a este respeito.

106 Os restantes argumentos apresentados pelo recorrente devem ser rejeitados pelas razões expostas no n.º 109 do acórdão desta data, Bundesverband deutscher Banken/ /Comissão (T-163/05), n.º 14, *supra*.

— Quanto à pertinência do carácter fixo da remuneração

107 O recorrente alega, em primeiro lugar, que resulta dos considerandos 26 e 29 da decisão impugnada que a Comissão entende que o facto de a remuneração da participação controvertida ser fixa e não depender, em princípio, do resultado anual, ao passo que o montante dos dividendos depende do benefício contabilístico realizado pelo Helaba, constitui uma vantagem em relação a um investimento no capital social. Sustenta que a estrutura da remuneração da participação controvertida apresenta, de um ponto de vista económico, vantagens e inconvenientes em relação à da remuneração do capital social.

108 Referira-se a este respeito que a Comissão, embora indique, no considerando 29 da decisão impugnada, que uma participação passiva apresenta certas vantagens para o *Land* em relação a uma transferência especial de activos enquanto capital social, no entanto, não baseia a sua apreciação quanto à qualificação da participação controvertida nesta afirmação. A referida qualificação assenta, no que respeita à remuneração, na afirmação, que figura no considerando 26 da decisão impugnada, de que o *Land*, tal como o investidor numa participação passiva no mercado de capitais, recebe a integralidade da remuneração, enquanto o investidor no capital social tem direito

ao pagamento de um dividendo proporcional aos benefícios. Assim, a Comissão não refere que uma remuneração fixa seria mais favorável do que o direito a um dividendo. Limita-se a considerar que a remuneração fixa, como a prevista para a participação controvertida, é própria das participações passivas mais do que do capital social e que, por conseguinte, o tipo de remuneração acordada entre as partes na participação controvertida a torna semelhante às participações passivas existentes no mercado.

109 Nestas circunstâncias, não há que examinar os argumentos do recorrente quanto ao fundamento da afirmação da Comissão, que figura no considerando 29 da decisão impugnada, segundo a qual uma participação passiva apresenta certas vantagens para o *Land* em relação a uma transferência especial de activos enquanto capital social.

110 O recorrente alega, em segundo lugar, que, contrariamente ao que a Comissão afirma, a remuneração fixa não é própria das participações passivas e a remuneração variável não é própria do capital social. Remete, a este respeito, para os argumentos que apresentou no âmbito do processo que deu origem ao acórdão desta data, Bundesverband deutscher Banken/Comissão (T-163/05), n.º 14 *supra*. Ora, estes argumentos foram afastados nos n.os 113 a 122 do referido acórdão.

111 O recorrente alega, em terceiro lugar, que o facto de o direito à remuneração do *Land* depender da existência de um excedente anual do Helaba constitui uma divergência, em prejuízo do *Land*, em relação à estrutura das participações passivas existentes no mercado, uma vez que, em relação a estas, o direito à remuneração depende, em princípio, do benefício contabilístico do emissor e, somente em certas circunstâncias, do excedente anual, pelo que é menos provável que o emissor suspenda o pagamento da remuneração.

112 Observe-se que os relatórios periciais a que a Comissão faz referência nos considerandos 59 e 60 da decisão impugnada indicam que, contrariamente ao que o recorrente afirma, não é manifesto que as condições que regulam o pagamento da remuneração da participação controvertida sejam menos favoráveis para o *Land* do que as condições normais do mercado. Assim, mesmo que o banco de investimento

A tenha efectivamente considerado que era esse o caso, o banco de investimento B e a sociedade de peritos em contabilidade consideram que as condições que regulam o pagamento da remuneração da participação controvertida eram mais favoráveis para o *Land* do que é habitual.

113 De qualquer modo, impõe-se constatar que a Comissão afirmou, no considerando 66 da decisão impugnada, que, como o recorrente afirma, uma majoração da remuneração por condições de pagamento mais restritivas poderia ser justificada. No entanto, também considerou, sem que o recorrente apresentasse argumentos em sentido contrário, que o facto de não ter em conta uma majoração devido às condições de pagamento mais restritivas não afectava a sua apreciação dado que a remuneração de garantia resultante da taxa acordada pelo *Land* e o Helaba para a participação controvertida, acrescida do encargo representado pelo imposto profissional, ou seja 1,925%, ainda era superior à remuneração de garantia de mercado resultante da soma da majoração proposta pelo banco de investimento A à margem estabelecida nos relatórios periciais.

114 Nestas circunstâncias, deve considerar-se que os argumentos do recorrente não permitem demonstrar que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao considerar que as disposições do projecto de contrato relativas à remuneração aproximam a participação controvertida das participações passivas existentes no mercado e que as diferenças existentes não impedem que se considere que a taxa de remuneração acordada entre as partes é conforme com a taxa da remuneração de garantia no mercado.

— Quanto à pertinência da participação de Maio de 2005

115 O recorrente alega que a Comissão não se podia basear na participação passiva emitida pelo Helaba em Maio de 2005 (v. n.º 19, *supra*), uma vez que esta não é comparável à participação controvertida. Alega que as duas participações se distinguem, nomeadamente na medida em que a de Maio de 2005 foi subscrita por numerosos investidores, está cotada na bolsa e deveria ser reembolsada pelo seu valor nominal

acrescido dos juros, não estando prevista uma redução devido às perdas do Helaba. Pede, por outro lado, ao Tribunal que ordene que a Comissão indica se existem acordos relativos à posição da participação controvertida, especialmente em relação à participação passiva de Maio de 2005.

116 Impõe-se constatar que a Comissão referiu a operação de Maio de 2005 na decisão impugnada apenas a título exaustivo, depois de ter chegado à conclusão de que a remuneração acordada pelo *Land* e o Helaba para a participação controvertida era conforme com o mercado. Nestas circunstâncias, tendo sido afastados os argumentos do recorrente relativos às apreciações nas quais a Comissão baseou esta conclusão, a eventual irrelevância da comparação com a participação emitida pelo Helaba em Maio de 2005 não pode provocar a anulação da decisão impugnada.

117 De qualquer modo, observe-se que, mesmo supondo que as diferenças invocadas pelo recorrente são pertinentes e reais — facto que o Helaba contesta no que diz respeito ao nível de reembolso em caso de rescisão, sem que o recorrente tenha replicado a este respeito —, a participação de Maio de 2005 mostra, como indica a Comissão na decisão impugnada, que o Helaba podia emitir participações passivas no mercado com as mesmas características, no que diz respeito aos elementos que revestem importância para ele — como a qualificação enquanto fundos próprios de base e a taxa da remuneração de garantia — e para os quais estava disposto a remunerar os investidores, que a participação controvertida. Daqui resulta que o Helaba não era obrigado, devido à sua situação económica, a aceitar a participação controvertida e, por conseguinte, que podia recusar-se a remunerar o *Land* por características da participação que, ainda que pressupusessem um aumento do risco que este último corria, não conferiam ao Helaba nenhuma vantagem suplementar em relação a uma participação emitida no mercado.

118 Com efeito, refira-se que a importância do risco assumido pelo *Land* nos seus investimentos só é pertinente para efeito da sua qualificação como auxílios de Estado na acepção do artigo 87.º CE se o Helaba tiver obtido uma vantagem que não teria obtido no mercado.

119 Atento o exposto, o segundo fundamento do recorrente deve ser rejeitado.

Quanto ao fundamento relativo a violação dos direitos processuais do recorrente

Argumentos das partes

120 O recorrente alega que a Comissão deveria ter dado início ao procedimento formal de investigação previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE, uma vez que, com base nas informações de que dispunha, não podia estar convencida de que a participação controvertida era compatível com a o Tratado CE e que só chegou a uma conclusão contrária porque aplicou de modo errado o critério do investidor privado ao considerar que a remuneração da participação controvertida era adequada e que as despesas de refinanciamento brutas resultantes da falta de carácter líquido da participação controvertida deviam ser deduzidos da remuneração.

121 Considera, em especial, que a Comissão deveria ter analisado mais detalhadamente se deveriam deduzir-se da remuneração que teria exigido um investidor privado as despesas de refinanciamento suportadas pelo Helaba devido à falta de liquidez, bem como as diferenças fundamentais que existem entre a participação controvertida e os participações passivas «conformes com o mercado». De entre essas diferenças refere o facto de o *Land* ser privado de qualquer possibilidade de retirar o investimento e o carácter muito elevado do risco que este aceitou em razão, por um lado, do volume importante da participação controvertida e, por outro, da «acumulação dos riscos» decorrente da referida participação e da participação em causa no processo que deu origem ao acórdão desta data, Bundesverband deutscher Banken/Comissão (T-163/05), n.º 14, *supra*. Considera que a Comissão deveria igualmente determinar se um investidor privado cujas participações representam mais de 40% dos fundos próprios de uma sociedade, como no caso presente, teria exigido uma remuneração mais elevada.

122 O recorrente contesta a afirmação da Comissão segundo a qual resolveu todas as dificuldades na Decisão 2006/742. Alega a este respeito que, no recurso que interpôs desta decisão, expôs detalhadamente as numerosas particularidades da participação em causa em relação a outras participações passivas «conformes com o mercado» bem como as razões que se opõem à dedução de despesas de financiamento. Sustenta que alguns destes argumentos eram novos para a Comissão, pelo que era confrontada com novas questões quando examinou a participação controvertida.

123 Sustenta, além disso, que o facto de a Comissão ser confrontada com dificuldades sérias é demonstrado pela duração do exame preliminar, ou seja, quinze meses, que excederia nitidamente o prazo de dois meses previsto para um exame preliminar no artigo 4.º, n.º 5, do Regulamento n.º 659/1999. A existência de dificuldades sérias é ainda confirmada pelo facto de a Comissão ter dirigido um total de quatro pedidos de informações à República Federal da Alemanha e que esta ter pedido uma prorrogação do prazo fixado para dar a sua resposta.

124 A Comissão, apoiada pelo Helaba, contesta estes argumentos. O *Land* não apresentou argumentos a este respeito.

Apreciação do Tribunal Geral

125 Recorde-se que, em conformidade com a jurisprudência, o procedimento do artigo 88.º, n.º 2, CE, que dá aos Estados-Membros e aos meios em causa a garantia de que serão ouvidos e que permite à Comissão informar-se de todos os dados do processo antes de tomar a sua decisão, reveste um carácter indispensável sempre que a Comissão se depare com dificuldades sérias para apreciar se um auxílio é compatível com o mercado comum (acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Março de 1984, Alemanha/Comissão, 84/82, Recueil, p. 1451, n.º 13). Portanto, a Comissão só se pode limitar à fase preliminar do artigo 88.º, n.º 3, CE para adoptar uma decisão favorável a uma medida estatal notificada se tiver a convicção, no termo de um primeiro exame, de que essa medida não pode ser qualificada de auxílio na acepção do artigo 87.º,

n.º 1, CE, ou de que, embora constituindo um auxílio, é compatível com o mercado comum (acórdão do Tribunal Geral de 12 de Fevereiro de 2008, BUPA e o./Comissão, T-289/03, Colect., p. II-81, n.º 329).

126 Embora o seu poder seja vinculado no que respeita à decisão de dar início ao procedimento formal de investigação, a Comissão pode, em conformidade com a finalidade do artigo 88.º, n.º 3, CE e com o dever de boa administração que lhe incumbe, dialogar com o Estado que procedeu à notificação ou com terceiros a fim de superar, na fase preliminar, as dificuldades que eventualmente encontre (acórdão do Tribunal Geral de 15 de Março de 2001, Prayon-Rupel/Comissão, T-73/98, Colect., p. II-867, n.º 45, e despacho do Tribunal Geral, de 21 de Novembro de 2005, Tramarin/Comissão, T-426/04, Colect., p. II-4765, n.º 29).

127 Deve, no entanto, recordar-se igualmente que o conceito de dificuldades sérias reveste carácter objectivo. A existência de tais dificuldades deve ser apreciada tanto em função das circunstâncias da adopção do acto impugnado como do seu conteúdo, de modo objectivo, relacionando as razões da decisão com os elementos de que a Comissão dispunha quando se pronunciou sobre a compatibilidade dos auxílios controvertidos com o mercado comum (acórdão Prayon-Rupel/Comissão, n.º 126, *supra*, n.º 47; v., neste sentido, acórdão de 18 de Setembro de 1995, SIDE/Comissão, T-49/93, Colect., p. II-2501, n.º 60). O recorrente suporta o ónus da prova da existência de dificuldades sérias, prova esta que pode fazer a partir de um leque de indícios concordantes, relativos, por um lado, às circunstâncias e à duração do procedimento de investigação preliminar e, por outro, ao conteúdo da decisão impugnada.

128 No caso presente, em apoio da sua afirmação segundo a qual a Comissão não pode superar todas as dificuldades suscitadas pela apreciação da participação controvertida, o recorrente afirma, em substância, que a Comissão chegou à conclusão que a participação controvertida era conforme com o mercado unicamente porque aplicou de modo errado o critério do investidor privado e remete, a este respeito, para os seus argumentos relativos à violação do artigo 87.º CE.

129 Ora, a questão de saber se a Comissão aplicou de modo errado o critério do investidor privado não se confunde com a da existência de dificuldades sérias que exijam que se dê início ao procedimento formal de investigação. Com efeito, o exame da existência de dificuldades sérias não tem por objectivo saber se a Comissão aplicou correctamente o artigo 87.º CE, mas sim estabelecer se dispunha, na data em que adoptou a decisão impugnada, de informações suficientemente completas para apreciar a compatibilidade da medida controvertida com o mercado comum.

130 O facto de a apreciação pela Comissão da participação controvertida ser, no entender do recorrente, errado e de não ter respondido a determinadas críticas que formulou no âmbito do processo T-163/05 não implica que não pudesse pronunciar-se sobre a medida em causa com base nas informações de que dispunha e que devia, por conseguinte, dar início ao procedimento formal de investigação para completar o seu inquérito. Observe-se, em especial, que qualquer argumento apresentado por uma parte interessada no âmbito de um procedimento distinto, relativo a circunstâncias semelhantes não dá necessariamente lugar a dificuldades sérias que exijam que se dê início ao procedimento formal.

131 Por outro lado, quanto ao argumento do recorrente segundo o qual a Comissão deveria ter examinado mais detalhadamente as diferenças fundamentais entre a participação controvertida e as participações passivas do mercado bem como as consequências do seu carácter não líquido, recorde-se que a Comissão tinha dado início ao procedimento formal de investigação em relação à participação em causa no processo que deu origem ao acórdão desta data, Bundesverband deutscher Banken/Comissão (T-163/05), n.º 14, *supra*, bem como em relação a outras operações relativas aos Landesbanken (bancos regionais) e que, nessa ocasião, se discutiu, nomeadamente, sobre as características da participação controvertida mencionadas pelo recorrente, como o volume dos fundos transferidos, a importância da parte dos fundos próprios de base do Helaba que os mesmos representavam, o carácter permanente da participação, a impossibilidade de retirar o investimento, bem como sobre a tomada em consideração das despesas mais elevadas resultantes das operações em causa em relação às operações realizadas no mercado devido à falta liquidez dos activos transferidos. Refira-se, em especial, que, contrariamente ao que o recorrente afirma, o argumento relativo à compensação da falta de liquidez por um valor de integração reduzido já tinha sido invocado ao longo do exame que precedeu a adopção da Decisão 2006/742.

Nestas circunstâncias, deve concluir-se que não só a Comissão dispunha, na data da adopção da decisão impugnada, de informações que lhe permitiam apreciar a pertinência de cada uma das características da participação controvertida mencionadas pelo recorrente, mas também que este, bem como qualquer outro interessado, tinha tido possibilidade de fornecer à Comissão quaisquer informações que considerasse necessárias a este respeito.

132 Quanto aos argumentos do recorrente relativos à duração do exame preliminar, bem como ao facto de a Comissão ter enviado vários pedidos de informação à República Federal da Alemanha antes de tomar a sua decisão, deve concluir-se que a duração do exame da participação controvertida ultrapassou o prazo previsto para o exame preliminar de uma medida notificada, mesmo tendo em conta a vontade compreensível da Comissão de esperar pelo fim dos procedimentos formais de investigação iniciados em relação às operações anteriores a favor dos Landesbanken, e que a Comissão enviou três pedidos de informações à República Federal da Alemanha, uma das quais teve ser reiterada. A este respeito, mesmo que resulte da jurisprudência que o esgotamento de um prazo que excede consideravelmente o prazo que normalmente requer um exame preliminar, bem como o teor das discussões mantidas entre a Comissão e o Estado-Membro em causa durante esta fase do procedimento podem constituir indícios da existência de dificuldades sérias de apreciação (v., neste sentido, acórdão Alemanha/Comissão, n.º 125, *supra*, n.ºs 14, 15 e 17, e acórdão do Tribunal de 10 de Maio de 2000, SIC/Comissão, T-46/97, Colect., p. II-2125, n.ºs 89 e 102). No entanto, deve considerar-se que, tendo em conta os argumentos do recorrente e as circunstâncias do caso vertente examinadas nos n.ºs 129 a 131, *supra*, o prazo dentro do qual a decisão impugnada foi tomada, bem como o envio de vários pedidos de informações não podem ser suficientes para demonstrar, no caso vertente, que a Comissão adoptou a decisão impugnada não obstante a existência de dificuldades sérias.

133 O presente fundamento deve, por conseguinte, ser rejeitado.

134 Uma vez que os fundamentos apresentados pelo recorrente foram, na sua totalidade, julgados improcedentes, deve ser negado provimento ao recurso.

Quanto aos pedidos de medidas de organização do processo

135 Na sua petição, o recorrente pede ao Tribunal que ordene à Comissão que apresente os documentos seguintes:

— os relatórios periciais e o relatório da sociedade de peritos em contabilidade, mencionados no considerando 46 da decisão impugnada;

— o projecto de contrato relativo à participação controvertida, mencionado no considerando 16 da decisão impugnada;

— os cálculos destinados a demonstrar o valor da participação controvertida evocados no considerando 15 da decisão impugnada bem como os certificados das sociedades de peritos em contabilidade.

136 Além disso, o recorrente pede ao Tribunal que ordene à Comissão, por um lado, que revele qual é a emissão que menciona no considerando 74 da decisão impugnada e através da qual um investidor adquiriu a integralidade dos fundos próprios de base de um banco alemão pelo montante de 500 milhões de euros e, por outro, que lhe comunicasse se existem acordos relativos à posição da participação controvertida, nomeadamente em relação à participação de Maio de 2005.

137 Na sua réplica, o recorrente pede ao Tribunal que convide a Comissão a apresentar a versão confidencial da decisão impugnada bem como o contrato de garantia celebrado entre os proprietários do Helaba.

138 Os relatórios periciais, o relatório da sociedade de peritos em contabilidade, o projecto de contrato, bem como a versão confidencial da decisão impugnada foram apresentados pela Comissão na sequência do pedido do Tribunal (v. n.º 24, *supra*). Quanto ao resto, verifica-se, atentos todas as considerações precedentes, que o Tribunal pôde pronunciar-se utilmente sobre o presente recurso com base nos documentos apresentados pelas partes.

Quanto às despesas

139 Por força do disposto no artigo 87.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo o recorrente sido vencido, há que o condenar nas despesas, em conformidade com os pedidos da Comissão, do *Land* e do Helaba.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL GERAL (Quarta Secção)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) O Bundesverband deutscher Banken suportará as suas próprias despesas, bem como as despesas da Comissão Europeia, do Land Hessen e do Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale.

Czúcz Vadapalas Labucka

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 3 de Março de 2010.

Assinaturas

Índice

Antecedentes do litígio ..... II - 542

A — Participação controvertida ..... II - 542

B — Procedimento administrativo e decisão impugnada ..... II - 544

Tramitação processual e pedidos das partes ..... II - 548

Questão de direito ..... II - 550

1. Quanto à admissibilidade ..... II - 550

2. Quanto ao mérito ..... II - 551

Quanto ao fundamento relativo a falta de fundamentação ..... II - 551

Quanto à qualificação da participação controvertida ..... II - 552

— Argumentos das partes ..... II - 552

— Apreciação do Tribunal Geral ..... II - 554

Quanto à tomada em consideração do imposto profissional ..... II - 558

— Argumentos das partes ..... II - 558

— Apreciação do Tribunal Geral ..... II - 558

Quanto à dedução das despesas de refinanciamento ..... II - 559

— Argumentos das partes ..... II - 559

— Apreciação do Tribunal Geral ..... II - 560

Quanto ao carácter conforme com o mercado da remuneração acordada entre o Land e o Helaba ..... II - 560

— Argumentos das partes ..... II - 560

— Apreciação do Tribunal Geral ..... II - 561

Quanto ao fundamento relativo a violação do artigo 87.º CE ..... II - 562

Argumentos das partes ..... II - 562

Apreciação do Tribunal Geral ..... II - 564

— Quanto ao volume do investimento ..... II - 564

— Quanto à impossibilidade de retirar o investimento ..... II - 570

— Quanto ao risco de perda em caso de falência ..... II - 570

— Quanto à pertinência do carácter fixo da remuneração ..... II - 571

— Quanto à pertinência da participação de Maio de 2005 ..... II - 573

Quanto ao fundamento relativo a violação dos direitos processuais do recorrente II - 575

Argumentos das partes ..... II - 575

Apreciação do Tribunal Geral ..... II - 576

Quanto aos pedidos de medidas de organização do processo ..... II - 580

Quanto às despesas ..... II - 581