TRIBUNALENS DOM (fjärde avdelningen)

den 3 mars 2010 *

I mål T-36/06,

Bundesverband deutscher Banken eV, Berlin (Tyskland), företrätt av advokaterna H.–J. Niemeyer och K.–S. Scholz,

sökande,

mot

Europeiska kommissionen, företrädd av N. Khan och T. Scharf, båda i egenskap av ombud,

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

med stöd av

Land Hessen (Tyskland), inledningsvis företrädd av advokaterna H.–J. Freund och M. Holzhäuser, därefter av H.–J. Freund och advokaten S. Lehr,

och av

Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, Frankfurt am Main (Tyskland), företrädd av advokaten H.–J. Freund,

intervenienter,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 6 september 2005 (K(2005) 3232 slutligt) om överföring av Hessischer Investitionsfonds, såsom passivt delägande, till Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale,

meddelar

TRIBUNALEN (fjärde avdelningen)

sammansatt av ordföranden O. Czúcz (referent) samt domarna V. Vadapalas och I. Labucka,

justitiesekreterare: handläggaren C. Kristensen,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 9 september 2008,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

A — *Det omtvistade tillskottet*

1 Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (nedan kallad Helaba) är en av de största bankerna i Tyskland. Den har den juridiska ställningen av ett offentligrättsligt organ. Sedan den 1 januari 2001 ägs Helaba av Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, med en ägarandel av 85 procent, Land Hessen (delstaten Hessen), med en ägarandel av 10 procent och Land Thüringen (delstaten Thüringen) med en ägarandel av 5 procent. Helaba är delstaten Hessens och delstaten Thüringens mest anlitade bank och fungerar som centralt finansinstitut för sparbankerna i delstaten Hessen och delstaten Thüringen. Helaba verkar dessutom som affärsbank på såväl den nationella marknaden som de internationella marknaderna.

2 Hessischer Investitionsfonds (nedan kallad specialfonden) inrättades 1970 som en särskild tillgång för delstaten Hessen. Den erbjuder räntefria lån eller lån till låg ränta för lokala investeringsprojekt. Genom en lagändring som antogs den 13 december 2002 gavs Hessisches Ministerium der Finanzen (delstaten Hessens finansministerium) behörighet att helt eller delvis – som ekonomiskt bidrag och i form av passivt delägande i den mening som avses i 10 § Kreditwesengesetz (lagen om kreditväsen,

nedan kallad KWG) eller i annan form som erkänns enligt banklagstiftningen och mot marknadsmässig ersättning – överföra specialfonden till ett kreditinstitut.

3 Delstaten Hessen och Helaba avtalade därför om villkor för hur specialfonden skulle överföras till Helaba. Enligt utkastet till detta avtal skulle den särskilda tillgången föras över till Helaba i form av passivt delägande med obegränsad varaktighet (nedan kallat det omtvistade tillskottet) med ett värde av 594 miljoner euro och mot en ersättning på 1,65 procent av det nominella värdet, minskat med den del av tillskottet som var nödvändigt för att garantera den låneverksamhet som avsåg specialfondens lokala investeringsprojekt. Avtalsutkastet innehåller inte någon räntehöjningsklausul (nedan kallad step up-klausul) enligt vilken ersättningen ska ökas efter en viss tid.

4 I enlighet med artikel 2 i avtalsutkastet ska rätten till ersättning upphöra när Helaba gör en årlig förlust, det vill säga när resultaträkningen visar ett negativt resultat för det föregående räkenskapsåret, eller i den mån betalningen av ersättningen ger till resultat att en sådan förlust uppkommer. De ersättningar som inte utgetts ska betalas under följande år, i den mån det inte görs en årlig förlust och betalningen av ersättningen inte ger till resultat att en sådan förlust uppkommer. Det omtvistade tillskottet ska fullt ut bidra till att täcka förlusten men all minskning av dess värde ska ersättas av Helaba under de följande åren, upp till tillskottets nominella värde. Betalning av ersättning för det omtvistade tillskottet har företräde framför aktieutdelning och avsättning till reserver.

5 I enlighet med artikel 4 i avtalsutkastet kan inte delstaten Hessen dra sig ur det omtvistade tillskottet. I punkt 8 i denna bestämmelse anges följande: ”Vid konkursförfarande avseende [Helabas] tillgångar eller likvidation av Helaba ska [det omtvistade] kapitaltillskottet återbetalas först sedan samtliga [Helabas] fordringsägare tillgodosetts, inbegripet innehavare av delägarrätter samt innehavare av säkerheter i

den mening som avses i 10 § stycke 5 a i KWG, men dock ha företräde framför aktieägares fordringar."

B — *Det administrativa förfarandet och det angripna beslutet*

6 Genom skrivelse av den 4 juni 2004 anmälde Förbundsrepubliken Tyskland att den avsåg att genomföra det omtvistade tillskottet och begärde att Europeiska gemenskapernas kommission skulle fastställa att åtgärden inte utgjorde statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG.

7 Kommissionen begärde den 4 augusti 2004 kompletterande upplysningar, vilka Förbundsrepubliken Tyskland inkom med genom skrivelser av den 31 augusti och den 7 september 2004.

8 Genom skrivelse av den 29 september 2004 begärde kommissionen i enlighet med bestämmelserna i artikel 4.5 i rådets förordning (EG) nr 659/1999 av den 22 mars 1999 om tillämpningsföreskrifter för artikel [88 EG] (EGT L 83, s. 1), att Förbundsrepubliken Tyskland skulle medge en förlängning av den tvåmånadersfrist inom vilken kommissionen ska genomföra den preliminära granskningen av den anmälda åtgärden. Genom skrivelse av den 7 oktober 2004 medgav nämnda medlemsstat att fristen förlängdes till och med den 31 december 2004.

9 Genom skrivelser av den 15 och den 22 november 2004 begärde kommissionen ytterligare upplysningar av Förbundsrepubliken Tyskland.

10 Genom skrivelse av den 21 december 2004 fastställde kommissionen en frist om 30 dagar för Förbundsrepubliken Tyskland att inkomma med de begärda upplysningarna. Kommissionen angav att den, för det fall upplysningarna inte skulle lämnas i tid, skulle betrakta ansökan som återkallad enligt artikel 5.3 i förordning nr 659/1999.

11 Genom skrivelse av den 30 mars 2005 inkom Förbundsrepubliken Tyskland med kompletterande upplysningar om åtgärdens förenlighet med marknaden. Kommissionen begärde genom skrivelse av den 20 maj 2005 ytterligare upplysningar. Förbundsrepubliken Tyskland svarade genom skrivelse av den 3 juni 2005.

12 Kommissionen fastställde efter den preliminära granskningen, genom beslut av den 6 september 2005 (K(2005) 3232 slutlig) om överföring av Hessischer Investitionsfonds, såsom passivt delägande, till Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (nedan kallat det angripna beslutet), att det omtvistade tillskottet inte utgjorde statligt stöd.

13 Kommissionen angav i det angripna beslutet att det, för att undersöka huruvida det omtvistade tillskottet ger Helaba en fördel som kan anses utgöra statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG, var nödvändigt att tillämpa kriteriet avseende en privat investerare i en marknadsekonomi (nedan kallad privat investerare). Enligt nämnda kriterium utgör ett kapitaltillskott som sker på villkor som skulle vara attraktiva för en privat investerare, för att överföra tillgångar till ett motsvarande privat företag, inte statligt stöd. Kommissionen hänvisade i detta avseende till förstainstansrättens dom av den 6 mars 2003 i de förenade målen T-228/99 och T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale och Land Nordrhein-Westfalen mot kommissionen, REG 2003, s. II-435, nedan kallad domen i målet WestLB).

14 Vad för det första gäller den rättsliga och ekonomiska kvalificeringen anser kommissionen att det omtvistade tillskottet kan jämföras med andra fall av passivt delägande på marknaden och att bedömningen av huruvida den mellan parterna överenskomna

ersättningen är marknadsmässig följaktligen låter sig göras genom en jämförelse med ersättningen i dessa fall av passivt delägande. Kommissionen fann för det första att det omtvistade tillskottet enligt avtalsutkastet uttryckligen kvalificerades som passivt delägande. För det andra påstod kommissionen att villkoren för det omtvistade tillskottet är jämförbara med andra fall av passivt delägande, såtillvida att nämnda tillskott ska återbetalas före aktiekapitalet och att delstaten Hessen erhåller hela den överenskomna ersättningen och inte en i förhållande till vinsten proportionell utdelning. Kommissionen tillade att passivt delägande med obegränsad varaktighet utan step up-klausuler, såsom det omtvistade tillskottet, förekommer på marknaden i en icke försumbar utsträckning och att storleken på tillskottet inte är ovanlig. Kommissionen hänvisade slutligen i en fotnot, vad avser hur tillskottet ska kvalificeras, till sitt beslut 2006/742/EG av den 20 oktober 2004 om statligt stöd som Tyskland har genomfört till förmån för Helaba (EUT L 307, 2006, s. 159), vilket var aktuellt i målT-163/05, Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen (T-163/05, Rec. p. II-387), i vilket tribunalen har meddelat dom denna dag.

15 Kommissionen beräknade vidare en lämplig ersättning för det kapital som Helaba kunde använda för att säkerställa utvidgningen av dess kreditverksamhet. Den angav härvidlag att ersättningen för passivt delägande på marknaden motsvarar en referensränta och ett påslag på ersättningen (nedan kallad garantiersättningen). Kommissionen anser emellertid att den del som motsvarar referensräntan i det aktuella fallet ska dras av från den marknadsmässiga ersättningen så att inte det omtvistade tillskottet medför att Helaba tillförs några likvida medel. Kommissionen anser däremot att den skatt på industriell och kommersiell verksamhet (nedan kallad näringsskatt) som industriella och kommersiella investerare som bedriver sin verksamhet i Tyskland måste betala, och som i det aktuella fallet ska betalas av Helaba eftersom delstaten Hessen inte är skyldig att erlägga den, ska läggas till den mellan parterna överenskomna ersättningen då den utgör en del av de avgifter som ska erläggas av Helaba till följd av det omtvistade tillskottet.

16 Kommissionen grundade sina slutsatser vad gäller beräkningen av den marknadsmässiga garantiersättningen på två rapporter från experter på investeringsbanker samt en rapport från en revisionsfirma avseende nämnda rapporter. Kommissionen anser, mot bakgrund av dessa tre rapporter, att det är rimligt att utgå från en garantiersättning om 65–90 räntepunkter, vilket motsvarar den ökning som konstaterats på

marknaden för passivt delägande som emitterats inom den europeiska banksektorn i euro, med obegränsad varaktighet och en step up-klausul.

17 Kommissionen undersökte huruvida denna garantiersättning skulle ökas eller minskas, för att det omtvistade tillskottets speciella karaktär i förhållande till det passiva delägande som använts som referens vid beräkningen av nämnda ersättning skulle beaktas. Den anser att garantiersättningen ska ökas med 30–40 räntepunkter i beaktande av att det omtvistade tillskottet, till skillnad från det passiva delägande med obegränsad varaktighet som använts som referens, inte omfattas av någon step up-klausul. Kommissionen anser emellertid inte att någon ökning behövs med anledning av att den passiva ägarandelen i Helabas primärkapital efter det omtvistade tillskottet uppgår till 57 procent, vilket är betydligt över den ägarandel som förekommer för denna typ av instrument hos privata banker. Någon ökning är inte heller nödvändig på grund av att det omtvistade tillskottet medför att delstaten Hessens passiva ägarandel i Helabas primärkapital uppgår till 44 procent. Slutligen anser kommissionen att en ökning med 10 räntepunkter eventuellt kan motiveras på grund av att ersättningen endast ska utgå om Helaba visar en årlig vinst. Kommissionen tog emellertid inte slutgiltigt ställning till denna fråga, eftersom höjningen inte påverkade den slutliga bedömningen.

18 Mot denna bakgrund fann kommissionen att den marknadsmässiga ersättningen för ett sådant tillskott som det omtvistade tillskottet ska vara 1 till 1,4 procent. Kommissionen anser följaktligen att den ersättningsnivå på 1,65 procent som överenskommits mellan Helaba och delstaten Hessen, till vilken ska läggas näringsskatten, inte medför en fördel för Helaba och därför inte kan anses utgöra statligt stöd.

19 Kommissionen tillade att Helaba i maj 2005 sålde passivt delägande med obegränsad varaktighet och utan step up-klausul, till ett värde av 250 miljoner euro, till privata institutionella investerare. Dessa tillskott ersattes med en ränta på 5,5 procent per år. Kommissionen förklarade att räntan på 5,5 procent motsvarade referensräntan (EURIBOR eller Mid-Swap – i det angripna beslutet preciserades att denna vid dagen för antagandet av beslutet uppgick till 3,84 procent) ökad med garantiersättningen. Kommissionen anser att villkoren för detta passiva delägande bekräftade dess

bedömning att den för det omtvistade tillskottet överenskomna ersättningen motsvarade en marknadsmässig ersättning och att Helaba skulle ha kunnat sälja ett passivt delägande på marknaden om det inte hade mottagit det omtvistade tillskottet.

Förfarandet och parternas yrkanden

20 Sökanden, Bundesverband deutscher Banken eV (tysk sammanslutning av privatägda banker), väckte förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 26 januari 2006.

21 Genom handlingar som inkom till förstainstansrättens kansli den 6 och den 13 juni 2006 begärde Helaba och delstaten Hessen att få intervenera i målet, till stöd för kommissionen. Ordföranden på förstainstansrättens tredje avdelning biföll interventionsansökningarna genom beslut av den 14 september 2006. Intervenienterna inkom med sina inlagor inom de föreskrivna fristerna. Sökanden och kommissionen inkom med sina yttranden över inlagorna inom de föreskrivna fristerna.

22 Till följd av att förstainstansrättens avdelningar hade fått en ny sammansättning förordnades referenten att tjänstgöra på fjärde avdelningen. Förevarande mål tilldelades följaktligen denna avdelning.

23 Då en av domarnas mandat löpt ut, utsåg förstainstansrättens ordförande en annan domare att tjänstgöra på avdelningen, med tillämpning av artikel 32.3 i förstainstansrättens rättegångsregler.

24 Genom skrivelse av den 20 maj 2008 förelade förstainstansrätten kommissionen att inkomma med vissa handlingar, däribland den konfidentiella versionen av det angripna beslutet. Kommissionen efterkom denna begäran inom den föreskrivna fristen.

25 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (fjärde avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet.

26 Parterna utvecklade sin talan och svarade på förstainstansrättens frågor vid förhandlingen den 9 september 2008.

27 Innan förhandlingen avslutades tilläts kommissionen att besvara en av förstainstansrättens frågor skriftligen. Kommissionen inkom med sitt svar och sökanden med sitt yttrande, inom de föreskrivna fristerna. Den muntliga förhandlingen avslutades den 8 oktober 2008.

28 Sökanden har yrkat att tribunalen ska

— ogiltigförklara det angripna beslutet,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

29 Kommissionen har, med stöd av Helaba, yrkat att tribunalen ska

— avvisa talan, och, i andra hand, ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

30 Delstaten Hessen har yrkat att tribunalen ska

— ogilla talan,

— förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

1. *Upptagande till sakprövning*

31 Kommissionen har, med stöd av Heleba, gjort gällande att talan inte kan tas upp till sakprövning, eftersom sökanden inte är personligen berörd av det angripna beslutet.

32 Det ankommer på unionsdomstolarna att bedöma huruvida en god rättskipning, mot bakgrund av omständigheterna i målet, motiverar att talan ogillas i sak, utan att svarandens invändning om rättegångshinder först prövas (domstolens dom av den 26 februari 2002 i mål C-23/00 P, rådet mot Boehringer, REG 2002, s. I-1873, punkterna 51 och 52, och förstainstansrättens dom av den 13 september 2006 i de förenade målen T-217/99, T-321/00 och T-222/01, Sinaga mot kommissionen, ej publicerad i rättsfallssamlingen, punkt 68).

33 Tribunalen finner att mot bakgrund av omständigheterna i förevarande mål ska sökandens yrkanden prövas direkt, utan att det är nödvändigt att först ta ställning till kommissionens invändning om rättegångshinder. Talan om ogiltigförklaring saknar nämligen under alla omständigheter, och av skäl som anges nedan, grund.

2. *Prövning i sak*

34 Sökanden har gjort gällande tre grunder. Dessa avser bristande motivering, åsidosättande av artikel 87 EG respektive åsidosättande av sökandens processuella rättigheter genom att kommissionen inte inledde det formella granskningsförfarande som föreskrivs i artikel 88.2 EG.

Bristande motivering

35 Sökanden har gjort gällande att det angripna beslutet är otillräckligt motiverat vad avser den omständigheten att det omtvistade tillskottet kvalificerades som passivt delägande vid jämförelsen med marknaden, beaktandet av näringsskatten, avräkningen av refinansieringsavgifterna samt frågan huruvida ersättningen är marknadsmässig.

Kvalificeringen av det omtvistade tillskottet

— Parternas argument

36 Sökanden har gjort gällande att kommissionens bedömning i skäl 25 i det angripna beslutet, enligt vilken det omtvistade tillskottet ”kan jämföras med andra fall av passivt delägande på marknaden”, är otillräckligt motiverad.

37 Sökanden har för det första kritiserat den omständigheten att kommissionen grundade sin bedömning av hur det omtvistade tillskottet ska kvalificeras på avtalsutkastet utan att sammanfatta dess innehåll. Sökanden har påstått att kommissionen nöjde sig med att anföra den omständigheten att parterna till det omtvistade tillskottet, i avtalsutkastet, angav att det är fråga om passivt delägande och att kommissionen därför inte motiverade att det omtvistade tillskottet befanns vara jämförbart med andra fall av marknadsmässigt passivt delägande.

38 Sökanden har för det andra gjort gällande att kommissionen inte motiverade sitt påstående i skäl 26 i det angripna beslutet, enligt vilket det omtvistade tillskottet vid likvidation eller konkurs ska återbetalas före eget kapital. Detta trots att det särskilt i avtalet om det tillskott som var aktuellt i den dom som har avkunnats denna dag i det ovan i punkt 14 nämnda målet T-163/05, Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen, föreskrevs att återbetalningen av detta tillskott inte skulle ha företräde framför eget kapital.

39 Sökanden har för det tredje hävdat att påståendet i skäl 26 i det angripna beslutet, enligt vilket delstaten Hessen ”erhåller hela den överenskomna ersättningen medan den som investerar i aktiekapitalet endast har rätt till en i förhållande till vinsten

proportionell utdelning”, är oklart och att det inte är möjligt att därav utläsa vad kommissionen avser bevisa genom nämnda jämförelse.

40 Kommissionen har för det fjärde inte motiverat sina påståenden i skäl 27 i det angripna beslutet, enligt vilka, ”passivt delägande med obegränsad varaktighet utan [step up]-klausuler … förekommer på kapitalmarknaden” och ”volymen av det aktuella passiva delägandet inte heller är ovanlig”. Sökanden anser att om kommissionen ville bevisa sina påståenden genom att grunda sig på emissionerna 1998 och 1999, till vilka kommissionen hänvisade i beslut 2006/742, skulle motsvarande del av nämnda beslut ha angetts även i det angripna beslutet. Sökanden anser vidare att kommissionen underlät att motivera varför situationen på kapitalmarkanden 1998 och 1999 kan jämföras med den som rådde när det angripna beslutet antogs, det vill säga under sommaren 2005. Sökanden har även gjort gällande att kommissionen i beslut 2006/742 nöjde sig med att upprepa de argument som framförts av Förbundsrepubliken Tyskland avseende emissionerna 1998 och 1999. Sökanden har i sina yttranden över interventionsinlagorna tillagt att det angripna beslutet inte uppfyller kravet på motiveringsskyldighet, eftersom de omnämnda fallen av passivt delägande inte kan identifieras i den icke konfidentiella versionen av beslutet, på grund av bankernas anonymitet.

41 För det femte motiverade kommissionen inte tillräckligt sitt påstående i skäl 29 i det angripna beslutet, enligt vilket det omtvistade tillskottet medför ”diverse fördelar” för delstaten Hessen jämfört med en investering i aktiekapitalet. Sökanden har gjort gällande att kommissionens påståenden är ”ytliga”, ”partiska” och att de ”saknar substans”.

42 Kommissionen har, med stöd av Helaba, bestritt att det angripna beslutet är otillräckligt motiverat vad avser att det omtvistade tillskottet kvalificerats som passivt delägande. Delstaten Hessen har inte anfört några argument i detta avseende.

— Tribunalens bedömning

43 Det ska erinras om att räckvidden av motiveringsskyldigheten är beroende av den ifrågavarande rättsaktens beskaffenhet och det sammanhang i vilket den har antagits. Av motiveringen ska klart och tydligt framgå hur institutionen har resonerat, dels så att unionsdomstolarna ges möjlighet att utöva sin prövningsrätt, dels så att de som berörs därav kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden för att kunna göra gällande sina rättigheter och bedöma om beslutet är välgrundat (domen i det ovan i punkt 13 nämnda målet WestLB, punkt 278).

44 Det krävs inte att samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter anges i motiveringen, eftersom bedömningen av om motiveringen av en rättsakt uppfyller kraven i artikel 253 EG inte ska ske endast utifrån rättsaktens ordalydelse, utan även utifrån sammanhanget och reglerna på det ifrågavarande området (domen i det ovan i punkt 13 nämnda målet WestLB, punkt 279).

45 Kommissionen är i synnerhet inte skyldig att ta ställning till samtliga argument som de som berörs har åberopat inför kommissionen, utan det räcker att ange de omständigheter och rättsliga överväganden som är av väsentlig betydelse för beslutet (domen i det ovan i punkt 13 nämnda målet WestLB, punkt 280).

46 Motiveringsskyldigheten kräver, i synnerhet vad gäller ett beslut av kommissionen i vilket det fastslås att en anmäld åtgärd inte utgör statligt stöd, att skälen till att kommissionen anser att den aktuella åtgärden inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 87.1 EG anges.

47 Enligt fast rättspraxis utgör vidare motiveringsskyldigheten en väsentlig formföreskrift som ska särskiljas från frågan huruvida motiveringen är hållbar, vilken ska hänföras

till frågan huruvida den omtvistade rättsakten är lagenlig i materiellt hänseende (se förstainstansrättens dom av den 12 september 2007 i de förenade målen T-239/04 och T-323/04, Italien mot kommissionen, REG 2007, s. II-3265, punkt 117 och där angiven rättspraxis).

48 Vad för det första avser sökandens kritik av att kommissionen lade avtalsutkastet till grund för sina slutsatser, trots att dess innehåll inte har återgetts i det angripna beslutet och inte heller är känt för sökanden eller tribunalen, är det tillräckligt att konstatera att kommissionen visserligen inte ordagrant har återgett dess bestämmelser men att de olika delar i utkastet på vilka kommissionen grundade sin rättsliga bedömning anges på ett sådant sätt att såväl sökanden som tribunalen kan förstå kommissionens resonemang.

49 Vad avser argumentet att kommissionen nöjde sig med att hänvisa till att parterna i avtalsutkastet kvalificerade det omtvistade tillskottet som passivt delägande konstaterar tribunalen att kommissionen inte grundade sig enbart på parternas kvalificering av det omtvistade tillskottet och att även om kommissionen hade grundat sig enbart på denna omständighet så hade det inte medfört att det angripna beslutet saknade motivering, eftersom frågan huruvida kommissionen kunde kvalificera tillskottet enbart på grundval av parternas bedömning i detta hänseende avser frågan huruvida de skäl kommissionen angett är välgrundade och inte huruvida de är tillräckliga.

50 Vad för det andra gäller den påstått bristande motiveringen av kommissionens påstående att det omtvistade tillskottet skulle återbetalas före aktiekapitalet i händelse av likvidation eller konkurs, ska det noteras att kommissionens påstående endast utgör ett konstaterande av en omständighet som framgår av avtalsutkastet (se punkt 5 ovan) och som följaktligen inte behöver motiveras ytterligare. Sökandens tvivel huruvida detta konstaterande är felaktigt eller ej avser inte frågan huruvida det angripna beslutet är tillräckligt motiverat utan huruvida det är välgrundat, och särskilt huruvida de uppgifter som kommissionen hänvisat till är riktiga.

51 Vad för det tredje gäller påståendet att delstaten Hessen erhåller ”hela den överenskomna ersättningen medan den som investerar i aktiekapitalet endast har rätt till en i förhållande till vinsten proportionell utdelning”, är det tillräckligt att konstatera att det framgår vid läsning av hela meningen i skäl 26 i det angripna beslutet, i vilket det anges att delstaten Hessen ”i likhet med en investerare i passivt delägande på kapitalmarkanden” erhåller hela denna ersättning, att kommissionen ansåg att den överenskomna ersättningen för den omtvistade överlåtelsen var typisk för passivt delägande och inte för aktiekapital samt att denna omständighet – i likhet med andra – tydde på att det omtvistade tillskottet skulle kvalificeras som passivt delägande. De tvivel som sökanden har gett uttryck för vad gäller frågan huruvida det överenskomna sätt på vilket ersättningen för det omtvistade tillskottet skulle betalas verkligen är typiskt för passivt delägande avser inte frågan om motiveringen av det angripna beslutet utan huruvida det är välgrundat.

52 Vad för det fjärde gäller motiveringen av kommissionens påståenden att ”passivt delägande med obegränsad varaktighet utan [step up]-klausuler … förekommer på kapitalmarknaden” och att ”volymen av det aktuella passiva delägandet inte är ovanlig”, är det tillräckligt att konstatera att kommissionen begränsade sig till att konstatera två omständigheter vilka tydligt framgår av upplysningarna i expertrapporterna och särskilt av de transaktioner på marknaden som anges i skälen 49 och 56 i det angripna beslutet. Den hänvisning till beslut 2006/742 som gjordes i en fotnot avser inte dessa två konstateranden utan hela kommissionens resonemang rörande att det omtvistade tillskottet kvalificerats som passivt delägande i syfte att jämföra den överenskomna ersättningen med marknaden. Då kommissionen inte grundade sina påståenden på uppgifter om marknaden för 1998 och 1999, hade den ingen skyldighet att motivera varför situationen på marknaden 1998 och 1999 var jämförbar med den som var aktuell vid tiden för antagandet av det angripna beslutet.

53 Vad gäller argumentet att kommissionen inte kunde hänvisa till beslut 2006/742 och att den skulle ha varit tvungen att återge relevanta delar av nämnda beslut i det angripna beslutet, är det tillräckligt att konstatera att detta argument vederläggs av den rättspraxis enligt vilken ett beslut är tillräckligt motiverat när det i beslutet hänvisas till en handling som adressaten redan har tillgång till och vilket dokument innehåller de uppgifter på vilka en institution har grundat sitt beslut (se, för ett liknande

resonemang, analogt förstainstansrättens dom av den 24 april 1996 i de förenade målen T-551/93, T-231/94, T-232/94, T-233/94 och T-234/94, Industrias Pesqueras Campos m.fl. mot kommissionen, REG 1996, s. II-247, punkt 144). Så är fallet i förevarande mål, eftersom sökanden hade mottagit en kopia av beslut 2006/742 då detta beslut antogs, flera månader innan det angripna beslutet antogs.

54 Vad gäller argumentet att det angripna beslutet är otillräckligt motiverat med avseende på att de fall av passivt delägande som använts vid jämförelsen inte kan identifieras med hänsyn till de emitterande bankernas anonymitet, ska det påpekas att sökanden i själva verket har kritiserat ofullständigheten hos den konfidentiella versionen av det angripna beslutet, vilken sökanden hade tillgång till när talan väcktes, och inte det angripna beslutet som sådant. Det ska också påpekas att i förevarande fall har den omständigheten att vissa uppgifter varit dolda i denna version inte medfört att sökanden hindrats från att ta till vara sina rättigheter och kontrollera huruvida det angripna beslutet var välgrundat. Trots att namnet på de banker som emitterat de aktuella tillskotten är dolda innehåller nämligen den icke konfidentiella versionen av det angripna beslutet, i tillräckligt hög grad för att kunna förstås, de omständigheter som gjort det möjligt för kommissionen att nå sin ståndpunkt. Under alla omständigheter har den konfidentiella versionen av det angripna beslutet, såsom den delgetts Förbundsrepubliken Tyskland, tillställts sökanden under förfarandet (se punkt 24 ovan) utan att detta lett till några nya yttranden med anledning av de aktuella styckena.

55 Vad för det sjätte gäller den bedömning som kommissionen har gjort, enligt vilken det omtvistade tillskottet medfört fördelar för delstaten Hessen jämfört med en investering i aktiekapitalet, ska det påpekas att sökanden genom att ange att kommissionens påståenden är ”ytliga”, ”partiska” och ”saknar substans”, faktiskt inte kritiserat bristen på motivering utan har ifrågasatt huruvida kommissionens slutsats var välgrundad.

56 Mot denna bakgrund kan det angripna beslutet inte anses vara otillräckligt motiverat vad gäller frågan hur det omtvistade tillskottet ska kvalificeras.

Huruvida näringsskatten ska beaktas

— Parternas argument

57 Sökanden har gjort gällande att det angripna beslutet saknar motivering vad gäller den bedömning som anges i skäl 36 och enligt vilken ”en institutionell investerare som är verksam i en marknadsekonomi skulle ha … krävt en ersättning som var högre än den som delstaten Hessen krävde för att kompensera betalningen av [näringsskatten]” och att ”Helaba å sin sida skulle ha varit beredd att betala denna ökning av ersättningen till en sådan investerare”.

58 Kommissionen har, med stöd av Helaba, bestritt att det angripna beslutet är otillräcklig motiverat vad gäller frågan huruvida den omständigheten skulle beaktas, att näringsskatten på grund av det omtvistade tillskottet måste betalas av Helaba. Delstaten Hessen har inte anfört några argument i detta avseende.

— Tribunalens bedömning

59 Kommissionen har i förevarande fall endast tillämpat den slutsats som drogs i beslut 2006/742, vad gällde det kapitaltillskott som var aktuellt i det ärendet. Sökanden hade, vilket framgår av vad som sagts ovan (se punkt 53 ovan), redan tillgång till nämnda beslut.

60 Den prövning av beslut 2006/742 och av sökandens argument vad gäller den uppenbart felaktiga bedömning som sökanden har påstått att kommissionen gjorde, som har gjorts i punkterna 188–192 i den dom som har avkunnats denna dag i det ovan i punkt 14 nämnda målet T-163/05, Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen, visar emellertid inte att det förekommit någon bristande motivering som

hindrat sökanden från att bestrida beslutet eller tribunalen från att pröva huruvida det är välgrundat.

61 Härav följer att det angripna beslutet under alla omständigheter är i linje med en beslutspraxis som sökanden känner till. Beslutet kan följaktligen motiveras kortfattat (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 26 november 1975 i mål 73/74, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique m.fl. mot kommissionen, REG 1975, s. 1491; svensk specialutgåva, volym 2, s. 525, punkt 31).

Avdrag för avgifter för refinansiering

— Parternas argument

62 Sökanden har gjort gällande att det av skälen 37–41 i det angripna beslutet inte går att utläsa på vilka kriterier kommissionen grundade sin slutsats att Helaba faktiskt betalar ytterligare refinansieringsavgifter, jämfört med de avgifter som skulle ha betalats om Helaba hade erhållit ett tillskott i likvida medel i form av passivt delägande till bruttorefinansieringsränta, och inte heller varför det skulle vara motiverat att dra av refinansieringsavgifterna av det skälet att dessa är skattemässigt avdragsgilla.

63 Kommissionen har, med stöd av Helaba, bestritt att det angripna beslutet skulle vara otillräckligt motiverat vad avser den omständigheten att det beaktas att Helaba i förevarande fall betalar ytterligare refinansieringsavgifter. Delstaten Hessen har inte anfört några argument i detta avseende.

— Tribunalens bedömning

64 Såsom sökanden har angett i sin ansökan, tillämpade kommissionen i förevarande fall endast den slutsats som den kom fram till i beslut 2006/742 avseende det i det beslutet aktuella tillskottet.

65 Under dessa omständigheter och mot bakgrund av att tribunalen i den dom som har avkunnats denna dag i det ovan i punkt 14 nämnda målet T-163/05, Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen, har funnit att kommissionen motiverade sin slutsats i tillräcklig grad (se punkterna 265–267 i domen) kan sökandens argument vad gäller att det angripna beslutet inte är tillräckligt motiverat inte godtas, eftersom beslutet under alla omständigheter kan förstås mot bakgrund av motiveringen i beslut 2006/742 (se punkt 61 ovan).

Huruvida den mellan delstaten Hessen och Helaba överenskomna ersättningen är marknadsmässig

— Parternas argument

66 Sökanden har gjort gällande att kommissionens motivering av dess slutsats, att den mellan delstaten Hessen och Helaba överenskomna ersättningen är marknadsmässig, är otillräcklig. Sökanden har hävdat att det påstående som görs i skäl 69 i det angripna beslutet, enligt vilket den omständigheten att det passiva delägandet utgör en betydande del av primärkapitalet leder till att möjligheten att använda nämnda tillskott ”i stället för aktiekapitalet” ökar, är otillräckligt motiverat och motsägelsefullt i förhållande till påståendet att det passiva delägandet ska återbetalas före aktiekapitalet vid konkurs. Sökanden anser även att kommissionens påstående i skäl 73 i det angripna beslutet, enligt vilket delstaten Hessen har ett betydande inflytande över fastställandet av Helabas riskprofil, saknar motivering. Sökanden anser vidare att kommissionen inte har klargjort huruvida villkoren för den emission på 500 miljoner euro

som anges i skäl 74 i beslutet, och som tecknats av en enda investerare, är jämförbara med villkoren för det omtvistade tillskottet, vilket leder till att varken sökanden eller tribunalen kan kontrollera huruvida dessa överföringar är jämförbara.

67 Kommissionen har, med stöd av Helaba, bestritt att det angripna beslutet är otillräckligt motiverat vad avser påståendet att den för det omtvistade tillskottet överenskomna ersättningen är marknadsmässig. Delstaten Hessen har inte anfört några argument i detta avseende.

— Tribunalens bedömning

68 Vad gäller kommissionens påstående enligt vilket den omständigheten att det passiva delägandet utgör en betydande del av primärkapitalet leder till att möjligheten att använda dessa tillgångar ”i stället för aktiekapitalet” ökar, ska det konstateras att även om kommissionens formulering är bristfällig framgår det tydligt av det angripna beslutet i dess helhet att kommissionen med detta påstående inte avsåg att definiera förmånsrättsordningen mellan aktiekapital och passivt delägande vid konkurs. Kommissionens avsikt var i stället att ange att risken för att aktiekapitalet inte skulle vara tillräckligt vid ekonomiska svårigheter är större när det passiva delägandet utgör en betydande andel av primärkapitalet. Detta påstående hindrar följaktligen inte sökanden från att invända mot det angripna beslutet eller tribunalen från att pröva dess lagenlighet.

69 Vad gäller kommissionens påstående att delstaten Hessen utövar ett betydande inflytande över Helabas riskprofil, ska det noteras att kommissionen i skäl 73 i det angripna beslutet angav grunden till detta påstående. Denna förklaring var visserligen dold i den icke konfidentiella version av det angripna beslutet som sökanden hade tillgång till då talan väcktes, men den konfidentiella versionen av beslutet ingavs på förstainstansrättens begäran och tillställdes sökanden före förhandlingen (se punkt 24 ovan).

Sökanden har under dessa omständigheter haft möjlighet att göra sina rättigheter gällande.

70 Vad gäller den omständigheten att kommissionen inte klargjorde huruvida villkoren för den emission på 500 miljoner euro som tecknades av en ensam investerare är jämförbara med villkoren för det omtvistade tillskottet, framgår det av det angripna beslutet att kommissionen angav detta exempel för att visa att det inte är uteslutet att en investerare koncentrerar samtliga risker till ett enda företag. Frågan huruvida den omständigheten att denna rikskoncentration till ett enda givet företag inte är utesluten är tillräcklig för att den mellan delstaten Hessen och Helaba överenskomna ersättningen ska anses vara marknadsmässig avser emellertid inte motiveringen av det angripna beslutet utan frågan huruvida beslutet är välgrundat.

71 Det angripna beslutet är under dessa omständigheter inte otillräckligt motiverat vad gäller frågan huruvida den för det omtvistade tillskottet överenskomna ersättningen är marknadsmässig.

72 Talan kan således inte vinna bifall på den grund som avser att det angripna beslutet är otillräckligt motiverat.

Åsidosättande av artikel 87 EG

Parternas argument

73 Sökanden har gjort gällande att kommissionen åsidosatte artikel 87 EG när den fann att den för det omtvistade tillskottet överenskomna ersättningen står i överensstämmelse med kriteriet avseende en privat investerare och följaktligen inte utgör statligt stöd.

74 Sökanden har i detta avseende gjort gällande att kommissionen gjorde sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning när den fann, för det första, att den näringsskatt som Helaba måste erlägga ska läggas till den ersättning som överenskommits mellan delstaten Hessen och Helaba för att en jämförelse med marknaden ska kunna göras, eftersom den utgör en kostnad för Helaba på grund av nämnda tillskott, för det andra, att den omständigheten att Helaba har kostnader för att anskaffa likvida medel på marknaden som inte kan erhållas genom det omtvistade tillskottet ska beaktas och, för det tredje, att den marknadsmässiga garantiersättningen understiger den ränta på 1,65 procent som parterna avtalat om, ökad med effekten av näringsskatten.

75 Vad gäller frågan huruvida näringsskatten och de refinansieringsavgifter som Helaba måste erlägga på grund av att det omtvistade tillskottet inte ger likvida medel har sökanden i huvudsak upprepat de argument som anförts i det mål som gett upphov till den dom som har avkunnats denna dag i det ovan i punkt 14 nämnda målet T-163/05, Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen, och som utvecklats i punkterna 185 och 186 respektive i punkt 263 i nämnda dom.

76 Vad avser den lämpliga ersättningsnivån har sökanden i huvudsak hävdat att det omtvistade tillskottet har en högre riskprofil än de fall av passivt delägande som förekommer på marknaden och att en privat investerare därför skulle ha krävt en högre ersättning än den marknadsmässiga ersättningen för passivt delägande. Sökanden har grundat sina argument på det omtvistade tillskottets volym, att delstaten Hessen inte har kunnat dra sig ur investeringen och risken för förluster vid konkurs. Sökanden anser vidare att den omständigheten att den ersättning som överenskommits för det omtvistade tillskottet är fast saknar betydelse för fastställandet av den marknadsmässiga räntan och att kommissionen inte har kunnat lägga det passiva delägande som Helaba emitterade år 2005 till grund för sin bedömning, eftersom detta inte är jämförbart med det omtvistade tillskottet.

77 Kommissionen har, med stöd av delstaten Hessen, bestritt dessa argument.

Tribunalens bedömning

78 Vad gäller de argument som avser huruvida näringsskatten och avräkningen för refinansieringsavgifter ska beaktas, kan dessa inte godtas av samma skäl som dem som angetts i punkterna 188–192 och 269–291 i den dom som har avkunnats denna dag i det ovan i punkt 14 nämnda målet T-163/05, Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen.

79 Vad gäller de argument som avser att visa att det omtvistade tillskottet har en högre riskprofil än de fall av passivt delägande som kommissionen använt som jämförelseobjekt, ska argumenten avseende betydelsen för beräkningen av den marknadsmässiga ersättningen – och följaktligen för bedömningen av huruvida det förekommer en stödåtgärd –, av investeringsvolymen, av den omständigheten att delstaten Hessen inte kan dra sig ur investeringen, av förlustrisken vid konkurs, av den omständigheten att den för det omtvistade tillskottet överenskomna ersättningen är fast och av relevansen av den jämförelse kommissionen har gjort med Helabas emission från år 2005, bedömas i tur och ordning.

— Investeringsvolymen

80 Sökanden har gjort gällande att kommissionen inte vederbörligen beaktade investeringsvolymens betydelse för hur det omtvistade tillskottet ska kvalificeras och för jämförelsen av den mellan delstaten Hessen och Helaba överenskomna ersättningen med garantiersättningar för passivt delägande på marknaden.

81 För det första, vad gäller investeringsvolymens betydelse för att det omtvistade tillskottet kvalificerades som passivt delägande för att jämföras med marknaden, har sökanden gjort gällande att de omständigheterna att den tecknades av en ensam investerare, att delstaten Hessen innehar 44 procent av Helabas primärkapital och att den sistnämnda har koncentrerat 83 procent av sina investeringar i en och samma

bank medför att det omtvistade tillskottet företer likheter med aktiekapital, eftersom risken för delstaten är högre än den risk som investerare som tecknat sig för ett passivt delägande på marknaden tar.

82 Vad gäller den omständigheten att det omtvistade tillskottet tecknats av en ensam investerare, har sökanden, med hänvisning till den ovan i punkt 13 nämnda domen i målet WestLB (punkt 255), gjort gällande att en investerare som tecknar sig för hela investeringsbeloppet inte kan beakta andra marknadsaktörers agerande och följaktligen löper en större risk.

83 Förstainstansrätten fann emellertid i punkt 255 i den ovan i punkt 13 nämnda domen i målet WestLB, vid bedömningen av en lämplig ersättning för en investering och inte av hur investeringen skulle kvalificeras, helt enkelt att en försiktig privat investerare, det vill säga en investerare som söker maximera sin vinst utan att ta alltför stora risker jämfört med andra aktörer på marknaden, vid beräkningen av en rimlig ersättning för sin investering i princip skulle kräva en minimiavkastning motsvarande den genomsnittliga avkastningen inom den berörda sektorn.

84 Förstainstansrättens hänvisning till andra investerares agerande bekräftar emellertid inte sökandens argument, eftersom den saknar samband med frågan huruvida en investerare som tecknar sig för hela emissionen ökar investeringens riskprofil.

85 Vad avser den omständigheten att delstaten Hessens passiva delägande utgör 44 procent av Helabas primärkapital samt 83 procent av delstatens investeringar, är det vidare inte uppenbart oriktigt att, i likhet med vad kommissionen underförstått har gjort, anse att dessa båda omständigheter saknar betydelse vid bedömningen av huruvida det omtvistade tillskottets riskprofil mest liknar riskprofilen för aktiekapital eller den för passivt delägande som förekommer på marknaden och, följaktligen, för att bestämma huruvida bedömningen av om ersättningen är marknadsmässig ska ske mot bakgrund av ersättningen för passivt delägande eller den för aktiekapital. Tribunalen hänvisar i detta avseende till punkterna 140 och 141 i den dom som har avkunnats denna dag i det ovan i punkt 14 nämnda målet T-163/05, Bundesverband

deutscher Banken mot kommissionen, där tribunalen underkände liknande argument från sökanden.

86 Sökandens argument att kommissionen, genom att inte beakta delstaten Hessens innehav av Helabas primärkapital vid kvalificeringen av det omtvistade tillskottet, motsade sitt beslut 2006/737/EG av den 20 oktober 2004 om ett stöd som Tyskland beviljat till förmån för Westdeutsche Landesbank – Girozentrale, numera WestLB AG (EUT L 307, 2006, s. 22), i vilket kommissionen fann att investeringsvolymens storlek är ett indicium på dess likhet med aktiekapital, kan inte heller godtas.

87 I beslut 2006/737 var det nämligen inte storleken på det primärkapital som förvärvats av delstaten Nordrhein-Westfalen i egenskap av ensam tecknare som betraktades som ett indicium på att det var fråga om en investering i aktiekapitalet utan transaktionens totala volym. Skälet till detta var att det vid denna tidpunkt, till skillnad från i förevarande mål, inte var möjligt för en bank att erhålla en så stor mängd primärkapital i form av aktiekapital, oavsett om investeringen kom från en eller flera investerare (se skäl 204 och följande skäl i beslut 2006/737).

88 För det andra, vad gäller investeringsvolymens betydelse för att bestämma den marknadsmässiga ersättningen, har sökanden bestritt de fyra argument som legat till grund för kommissionens slutsats att det inte var nödvändigt att tillämpa en höjning för att beakta delstaten Hessens betydande andel i Helaba.

89 Sökanden har således för det första bestritt att den risk som följer av att delstaten Hessen koncentrerat sina investeringar i Helaba kompenseras av att ersättningen till delstaten inte minskats, trots att tilldelningen av hela emissionen till en investerare på marknaden skulle ha medfört en minskning av ersättningen. Sökanden har gjort gällande att en eventuell minskning av ersättningen på marknaden saknar betydelse

i förevarande fall, eftersom det omtvistade tillskottet inte erbjöds till ett stort antal, därvid konkurrerande, investerare.

90 Den omständigheten att kapitaltillskottet inte handlades på marknaden innebär inte att det är uppenbart oriktigt att anse att det är möjligt att beakta en minskning av ersättningen för att kompensera en eventuell ökning av densamma på grund av delstaten Hessens betydande exponering mot Helaba. Sökanden har nämligen inte påstått att Helaba inte skulle ha kunnat erhålla ett kapitaltillskott med samma kännetecken som det omtvistade tillskottet (volym, obestämd löptid, garantiersättning) på marknaden, i förekommande fall från flera investerare. Helaba kunde under dessa omständigheter få delstaten Hessen att avstå från en eventuell höjning av ersättningen med hänsyn till dess betydande exponering mot Helaba, eftersom det hade varit möjligt för Helaba att avvisa anbudet från delstaten Hessen och anskaffa kapital på marknaden till lägre kostnad.

91 Sökanden har för det andra, vad gäller kommissionens påstående att delstaten Hessen utövade ett betydande inflytande över inriktningen på Helabas strategiska riskprofil, hävdat att det inte är möjligt att av den icke konfidentiella versionen av det angripna beslutet utläsa skälen till varför kommissionen kom till denna slutsats och att det under alla omständigheter inte framgår av beslutet varför delstaten skulle vara tvungen att därför avstå från en lämplig ersättning för det omtvistade tillskottet.

92 Sökanden förefaller visserligen bestrida att det angripna beslutet är tillräckligt motiverat, men dessa argument återfinns i en del av ansökan som har rubriken ”Kommissionens felaktiga argumentation”, under grunden avseende åsidosättande av artikel 87 EG och inte under grunden avseende bristande motivering.

93 Vad avser den omständigheten att skälet till att kommissionen funnit att delstaten Hessen utövar ett betydande inflytande över inriktningen på Helabas strategiska

riskprofil inte återfinns i den icke-konfidentiella versionen av det angripna beslutet, ska det under alla omständigheter hänvisas till punkt 69 i förevarande dom, i vilken tribunalen redan underkänt detta argument.

94 Vad gäller förhållandet mellan delstaten Hessens betydande inflytande över inriktningen på Helabas strategiska riskprofil och ersättningsbeloppet framgår det av skälen 71–74 i det angripna beslutet att kommissionen anser att detta inflytande, tillsammans med de tre övriga undersökta omständigheterna, minskar den risk som följer för delstaten Hessen på grund av innehavet av en betydande del av Helabas primärkapital och att delstaten koncentrerat 83 procent av sina investeringar i Helaba, och att nämnda delstat följaktligen inte avstått från en högre ersättning för det omtvistade tillskottet utan gått med på en lämplig ersättning mot bakgrund av samtliga för transaktionen aktuella omständigheter. Sökanden har emellertid inte anfört några konkreta argument för att visa att det var uppenbart oriktigt att anse att ett betydande inflytande över inriktningen på Helabas riskprofil kan kompensera delstaten Hessens risk på grund av innehavet av en betydande del av Helabas primärkapital och att 83 procent av dess investeringar koncentrerats till Helaba.

95 Sökanden har för det tredje gjort gällande att kommissionens hänvisning till en emission på 500 miljoner euro som tecknats av en ensam investerare saknar relevans. Sökanden har kritiserat att kommissionen inte identifierade denna transaktion och inte närmare angav dess särdrag. Sökanden har vidare gjort gällande att det mot denna bakgrund inte är möjligt att dra slutsatsen, att den omständigheten att delstaten Hessen tecknade hela det omtvistade tillskottet inte var ovanlig.

96 Enbart den omständigheten att en investerare tecknat sig för en emission på 500 miljoner euro är, i likhet med vad sökanden har påstått, inte tillräcklig för att visa att det omtvistade tillskottets riskprofil medför att ersättningen bör vara högre än den garantiersättning vid passivt delägande som förekommer på marknaden. Detta exempel innebär nämligen inte, mot bakgrund av att kommissionen inte undersökte den överenskomna garantiersättningen för detta tillskott, att det går att dra slutsatsen att delstaten Hessens koncentration till Helaba inte skulle medföra en höjning av ersättningen.

97 Sökanden har för det fjärde bestritt att den omständigheten att delstaten Hessen har ett delägande till ett värde av totalt 361,5 miljoner euro i andra företag än Helaba skulle innebära att den stora risk med koncentrationen som delstaten Hessen löper i förhållande till Helaba minskas väsentligt.

98 Den omständigheten att delstaten Hessen inte koncentrerat samtliga sina investeringar till Helaba, utan 87 procent av dem, är inte i sig tillräcklig för att ge stöd för kommissionens slutsats att delstatens betydande engagemang i Helaba inte motiverar en höjning av den överenskomna ersättningen för det omtvistade tillskottet.

99 Den omständigheten att dessa sistnämnda faktorer som kommissionen har nämnt i det angripna beslutet inte gör det möjligt att dra slutsatsen att det inte var nödvändigt att höja ersättningen på grund av delstaten Hessens riskkoncentration till Helaba, innebär emellertid inte, mot bakgrund av vad som sagts i punkterna 88–94 ovan, att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras (se, för ett liknande resonemang, förstainstansrättens dom av den 12 december 2006 i mål T-155/04, SELEX Sistemi Integrati mot kommissionen, REG 2006, s. II-4797, punkt 47).

100 Storleken på delstaten Hessens investeringsvolym i Helaba beror vidare delvis på dess beslut att inte dela upp den specialfond som är aktuell i det mål som gett upphov till den dom som har avkunnats denna dag i det ovan i punkt 14 nämnda målet T-163/05, Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen. Denna riskkoncentration för delstaten Hessen medför inte något särskilt intresse för Helaba som skulle kunna tvinga den att ersätta delstaten Hessen för den riskökning som delstaten tar på sig (se punkterna 229 och 230 i nämnda dom).

101 Mot bakgrund av vad som sagts ovan konstateras att sökandens argument avseende delstaten Hessens investeringsvolym i Helaba inte visar att kommissionen gjorde sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att ersättningen för det omtvistade tillskottet inte måste vara högre än den garantiersättning för passivt delägande som förekommer på marknaden.

— Den omständigheten att möjlighet att dra sig ur investeringen saknas

102 Sökanden har gjort gällande att den omständigheten att delstaten Hessen saknar möjlighet att dra sig ur investeringen utgör en avgörande skillnad i förhållande till de fall av passivt delägande som förekommer på marknaden och har kritiserat det förhållandet att kommissionen inte beaktade denna omständighet för att fastställa den marknadsmässiga ersättningen. Sökanden har upprepat de argument som den har anfört i mål T-163/05 och som angetts i punkterna 151 och 233 i den dom som har avkunnats denna dag i det ovan i punkt 14 nämnda målet T-163/05, Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen. Av skäl som anges i punkterna 152–154 och 234–237 i nämnda dom kan dessa argument inte godtas.

— Risken för förlust vid konkurs

103 Sökanden har gjort gällande att risken för förluster vid konkurs utgör en avgörande skillnad i förhållande till de fall av passivt delägande som förekommer på marknaden och har kritiserat att kommissionen inte beaktade denna skillnad för att bestämma den marknadsmässiga ersättningen. Sökanden har upprepat de argument som den anfört avseende beslut 2006/742 och som anges i punkt 108 i den dom som har avkunnats denna dag i det ovan i punkt 14 nämnda målet T-163/05, Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen. Sökanden har vidare påstått, då den på grund av avtalsutkastets konfidentiella karaktär inte hade tillställts detta innan ansökan lämnades in, att det var troligt att parterna hade avtalat om att det omtvistade tillskottet ska ha sämre förmånsrätt än aktiekapitalet. Sökanden anser att detta var fallet med det aktuella kapitaltillskottet i det mål som har gett upphov till nämnda dom.

104 Vad gäller avtalsutkastet är det tillräckligt att konstatera att det i artikel 4 föreskrivs att ”vid konkursförfarande avseende Helabas tillgångar eller likvidation av Helaba … det omtvistade tillskottet [ska] återbetalas först sedan samtliga Helabas fordringsägare tillgodosetts, inbegripet innehavare av delägarrätter samt innehavare av säkerheter i den mening som avses i 10 § stycke 5 a i KWG, men dock ha företräde framför aktieägares fordringar”.

105 Det framgår således av avtalsutkastet att det omtvistade tillskottet har bättre förmånsrätt än aktiekapitalet och att det, i likhet med vad kommissionen anser i skäl 26 i det angripna beslutet, i detta avseende är jämförbart med passivt delägande som finns på marknaden. Detta talar för att den mellan delstaten Hessen och Helaba överenskomna ersättningen ska jämföras med ersättningen för passivt delägande som utgetts på marknaden och inte med ersättning som följer av investeringar i aktiekapitalet. Sökanden, som erhållit en kopia av avtalsutkastet efter en begäran till kommissionen från förstainstansrätten, har inte yttrat sig i detta avseende.

106 Av skäl som anges i punkt 109 i domen av denna dag i det ovan i punkt 14 nämnda målet T-163/05, Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen, kan sökandens övriga argument inte godtas.

— Relevansen av att ersättningen är fast

107 Sökanden har för det första gjort gällande att det framgår av skälen 26 och 29 i det angripna beslutet att kommissionen anser att den omständigheten att ersättningen för det omtvistade tillskottet är fast och i princip oberoende av resultatet för året, medan utdelningarnas storlek beror på Helabas redovisade vinst, utgör en fördel jämfört med en investering i aktiekapitalet. Sökanden har hävdat att konstruktionen av ersättningen för det omtvistade tillskottet ur ekonomisk synvinkel har såväl fördelar som nackdelar i förhållande till en investering i aktiekapitalet.

108 Kommissionen har visserligen, i skäl 29 i det angripna beslutet, angett att ett passivt delägande medför vissa fördelar för delstaten Hessen jämfört med överföring av en särskild tillgång som aktiekapital, men den har likväl inte grundat sin bedömning av hur det omtvistade tillskottet ska kvalificeras på nämnda påstående. Denna kvalificering grundas, vad avser ersättningen, på påståendet i skäl 26 i det angripna beslutet, enligt vilket delstaten Hessen i likhet med en investerare som investerar i passivt delägande på kapitalmarknaden erhåller hela ersättningen, medan en investerare som investerar i aktiekapitalet endast har rätt till utdelning i förhållande till vinsten.

Kommissionen har således inte angett huruvida en fast ersättning är mer förmånlig än en utdelning. Den har begränsat sig till att anse att en fast ersättning, som den som föreskrivs för det omtvistade tillskottet, snarare är utmärkande för passivt delägande än för aktieägande och att följaktligen den mellan parterna till det omtvistade tillskottet överenskomna ersättningen hör samman med det passiva delägande som förekommer på marknaden.

109 Det saknas under dessa omständigheter anledning att undersöka sökandens argument vad avser frågan huruvida kommissionens påstående, i skäl 29 i det angripna beslutet, att ett passivt delägande medför vissa fördelar för delstaten Hessen jämfört med en överföring av särskilda tillgångar i form av aktiekapital.

110 Sökanden har för det andra gjort gällande, i motsats till vad kommissionen har påstått, att fast ersättning inte är utmärkande för passivt delägande och att rörlig ersättning inte är utmärkande för aktiekapital. Sökanden har hänvisat till de argument som anförts i det mål som gett upphov till den dom som har avkunnats denna dag i det ovan i punkt 14 nämnda målet T-163/05, Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen. Dessa argument har emellertid underkänts i punkterna 113–122 i nämnda dom.

111 Sökanden har för det tredje gjort gällande att den omständigheten att delstaten Hessens rätt till ersättning är beroende av att Helaba gör en årlig vinst utgör en avvikelse till nackdel för delstaten, jämfört med konstruktionen av passivt delägande som förekommer på marknaden, eftersom ersättningen i dessa fall i princip beror på emittentens bokföringsmässiga vinst och endast under vissa omständigheter på det årliga överskottet, vilket medför att det är mindre troligt att emittenten ställer in betalningen av ersättningen.

112 I de expertrapporter som kommissionen har hänvisat till i skälen 59 och 60 i det angripna beslutet anges, i motsats till vad sökanden har påstått, att det inte är uppenbart att villkoren för betalning av ersättningen för det omtvistade tillskottet är mindre förmånliga för delstaten Hessen än de normala villkoren på marknaden. Även om

investmentbank A faktiskt har ansett att så är fallet har således investmentbank B och revisionsbyrån ansett att villkoren för betalning av ersättningen för det omtvistade tillskottet var mer förmånliga för delstaten Hessen än de normala villkoren.

113 Kommissionen har under alla omständigheter i skäl 66 i det angripna beslutet, i likhet med vad sökanden har påstått, bekräftat att en höjning av ersättningen vid mer restriktiva betalningsvillkor kan vara motiverad. Kommissionen anser likväl även, utan att sökanden har framfört några motargument, att den omständigheten att en höjning på grund av mer restriktiva betalningsvillkor inte har beaktats inte påverkar dess bedömning, eftersom den garantiersättning som följer av den mellan delstaten Hessen och Helaba överenskomna nivån för det omtvistade tillskottet, ökad med den kostnad som näringsskatten utgör, det vill säga 1,925 procent, likväl var högre än den marknadsmässiga garantiersättning som erhålls genom att lägga den höjning som föreslagits av investmentbank A till det intervall som upprättats genom expertrapporterna.

114 Det är under dessa omständigheter inte möjligt att på grundval av sökandens argument slå fast att kommissionen gjorde sig skyldig till en uppenbart oriktig bedömning genom att anse att bestämmelserna i avtalsutkastet avseende ersättningen medför att det omtvistade tillskottet liknar de former av passivt delägande som förekommer på marknaden och att de förekommande skillnaderna inte hindrar att det kan anses att den mellan parterna överenskomna ersättningsnivån är jämförbar med den garantiersättningsnivå som förekommer på marknaden.

— Relevansen av tillskottet i maj 2005

115 Sökanden har gjort gällande att kommissionen inte kunde grunda sina slutsatser på det passiva delägande som Helaba emitterat i maj 2005 (se punkt 19 ovan), eftersom detta inte kan jämföras med det omtvistade tillskottet. Sökanden har gjort gällande att de två tillskotten skiljer sig åt bland annat genom att tillskottet från maj 2005 tecknades av flera investerare, noterades på börsen och skulle återbetalas till det nominella

värdet plus ränta. Någon minskning på grund av Helabas förluster skulle inte göras. Sökanden har begärt att tribunalen ska förelägga kommissionen att uppge huruvida det finns avtal avseende rankningen av det omtvistade tillskottet, särskilt i förhållande till det passiva delägandet i maj 2005.

116 När kommissionen väl kommit fram till att den mellan delstaten Hessen och Helaba överenskomna ersättningen för det omtvistade tillskottet var marknadsmässig, nämnde den endast transaktionen från maj 2005 i förbigående i det angripna beslutet. Mot denna bakgrund och då sökandens argument avseende den bedömning som legat till grund för kommissionens slutsats inte kunnat godtas, kan den omständigheten att jämförelsen med det tillskott som emitterades av Helaba i maj 2005 eventuellt saknar relevans inte leda till att det angripna beslutet ska ogiltigförklaras.

117 Även om de skillnader som sökanden har åberopat skulle vara relevanta och verkliga, vilket Helaba har bestritt vad gäller nivån på ersättningen i händelse av uppsägning, utan att bli motsagd i detta avseende, visar kapitaltillskottet från maj 2005 under alla omständigheter – i likhet med vad kommissionen har angett i det angripna beslutet – att Helaba kunde emittera passiva ägarandelar på marknaden, ägarandelar som – med avseende på de för Helaba intressanta delarna, som att de utgör primärkapital och en nivå på garantiersättningen, för vilka Helaba var berett att ersätta investerarna – uppvisar samma egenskaper som det omtvistade tillskottet. Härav följer att Helaba av ekonomiska skäl inte var tvingad att acceptera det omtvistade tillskottet och därmed kunde vägra att ersätta delstaten Hessen för särdrag i tillskottet som visserligen skulle kunna medföra en ökad risk för delstaten men likväl inte skulle ge Helaba någon ytterligare fördel i förhållande till ett tillskott som emitterades på marknaden.

118 Omfattningen av den risk som delstaten Hessen tar genom sina investeringar är nämligen endast relevant för frågan huruvida dessa investeringar ska betraktas som statligt stöd i den mening som avses i artikel 87 EG om Helaba har erhållit någon fördel som inte hade kunnat erhållas på marknaden.

119 Mot bakgrund av vad som sagts ovan kan talan inte vinna bifall på sökandens andra grund.

Åsidosättande av sökandens processuella rättigheter

Parternas argument

120 Sökanden har gjort gällande att kommissionen skulle ha inlett det förfarande som avses i artikel 88.2 EG så snart som den, på grundval av de upplysningar som den hade tillgång till, inte kunde komma till slutsatsen att det omtvistade tillskottet var förenligt med EG-fördraget, och att den inte kom till motsatt slutsats på grund av att den tillämpat kriteriet avseende en privat investerare på ett felaktigt sätt, genom att anse att ersättningen för det omtvistade tillskottet var lämplig och att bruttorefinansieringsavgifterna, som är en följd av att det omtvistade tillskottet inte avsåg likvida medel, skulle dras av från ersättningen.

121 Sökanden anser särskilt att kommissionen skulle ha gjort en djupare analys av frågan huruvida de refinansieringsavgifter som Helaba får betala på grund av att det omtvistade tillskottet inte avser likvida medel skulle ha dragits av från den ersättning som en privat investerare skulle ha krävt, samt av de grundläggande skillnaderna mellan det omtvistade tillskottet och marknadsmässiga former av passivt delägande. Bland dessa skillnader har sökanden angett den omständigheten att delstaten Hessen saknar möjlighet att dra sig ur investeringen och den mycket höga risknivå som delstaten accepterat, till följd av dels det omtvistade tillskottets stora volym, dels den riskansamling som följer av detta tillskott och det som är aktuellt i det mål som gett upphov till den dom som har avkunnats denna dag i det ovan i punkt 14 nämnda målet T-163/05, Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen. Sökanden anser att kommissionen borde ha bestämt huruvida en privat investerare, vars tillskott, såsom i förevarande fall, motsvarar mer än 40 procent av ett företags eget kapital, skulle ha krävt en högre ersättning.

122 Sökanden har bestritt kommissionens påstående att samtliga svårigheter löstes i beslut 2006/742. Sökanden har gjort gällande att den i sin talan mot detta beslut i detalj har angett ett flertal särdrag hos det aktuella tillskottet jämfört med andra marknadsmässiga former av passivt delägande samt skälen för att inte dra av finansieringsavgifterna. Sökanden har hävdat att vissa av dessa argument var nya för kommissionen, med följd att denna stod inför nya frågeställningar när den undersökte det omtvistade tillskottet.

123 Sökanden har bland annat gjort gällande att den omständigheten att kommissionen ställdes inför allvarliga svårigheter visas av den tid som den preliminära granskningen tog i anspråk, nämligen 15 månader, vilket klart överstiger den frist på två månader som föreskrivs för en preliminär granskning enligt artikel 4.5 i förordning nr 659/1999. Även den omständigheten att kommissionen begärde upplysningar av Förbundsrepubliken Tyskland vid sammanlagt fyra tillfällen och att Tyskland begärde förlängning av svarsfristen visar på förekomsten av allvarliga svårigheter.

124 Kommissionen har, med stöd av Helaba, bestritt dessa argument. Delstaten Hessen har inte framfört några argument i detta avseende.

Tribunalens bedömning

125 Enligt rättspraxis är förfarandet enligt artikel 88.2 EG, som säkerställer att medlemsstaterna och de berörda kretsarna lämnas tillfälle att yttra sig och gör det möjligt för kommissionen att fullständigt informera sig om samtliga faktiska omständigheter i ärendet innan den fattar sitt beslut, absolut nödvändigt så snart som kommissionen har allvarliga svårigheter att bedöma om en planerad stödåtgärd är förenlig med den gemensamma marknaden (domstolens dom av den 20 mars 1984 i mål 84/82, Tyskland mot kommissionen, REG 1984, s. 1451; svensk specialutgåva, volym 7, s. 565). Kommissionen kan följaktligen endast begränsa sig till den preliminära granskningen enligt artikel 88.3 EG för att godkänna en stödåtgärd, om kommissionen efter en första bedömning är övertygad om att åtgärden inte utgör stöd i den mening som avses i artikel 87.1 EG eller att åtgärden, om den utgör stöd, är förenlig med den gemensamma

marknaden (förstainstansrättens dom av den 12 februari 2008 i mål T-289/03, BUPA m.fl. mot kommissionen, REG 2008, s. II-81, punkt 329).

126 Även om kommissionens befogenhet är begränsad när det gäller beslutet att inleda detta förfarande kan den, i enlighet med syftet med artikel 88.3 EG och skyldigheten att iaktta god förvaltningssed, inleda en dialog med den anmälande staten eller tredje man för att övervinna allvarliga svårigheter som eventuellt kan uppkomma under det inledande förfarandet (förstainstansrättens dom av den 15 mars 2001 i mål T-73/98, Prayon-Rupel mot kommissionen, REG 2001, s. II-867, punkt 45, och förstainstansrättens beslut av den 21 november 2005 i mål T-426/04, Tramarin mot kommissionen, REG 2005, s. II-4765, punkt 29).

127 Enligt rättspraxis är emellertid begreppet allvarliga svårigheter ett objektivt kriterium. För att avgöra om det föreligger sådana svårigheter ska tribunalen på ett objektivt sätt undersöka såväl de omständigheter under vilka den angripna rättsakten fattades som dess innehåll, genom att jämföra skälen i beslutet med de upplysningar som kommissionen förfogade över då den avgjorde frågan om det omtvistade stödet var förenligt med den gemensamma marknaden (domen i det ovan i punkt 126 nämnda målet Prayon-Rupel mot kommissionen, punkt 47; se, för ett liknande resonemang, dom av den 18 september 1995 i mål T-49/93, SIDE mot kommissionen, REG 1995, s. II-2501, punkt 60). Sökanden har bevisbördan för att det föreligger allvarliga svårigheter. Denna bevisning kan utgöras av en rad samstämmiga indicier avseende dels hur det preliminära granskningsförfarandet förflöt och dess längd, dels innehållet i det angripna beslutet.

128 Sökanden har i förevarande mål, till stöd för sitt påstående att kommissionen inte var i stånd att övervinna samtliga svårigheter vid bedömningen av det omtvistade tillskottet, i huvudsak gjort gällande att kommissionen enbart kom till sin slutsats att det omtvistade tillskottet var förenligt med marknaden på grund av att den tillämpade kriteriet avseende en privat investerare på ett felaktigt sätt. Sökanden har i detta avseende hänvisat till sina argument rörande åsidosättande av artikel 87 EG.

129 Frågan huruvida kommissionen tillämpade kriteriet avseende en privat investerare på ett oriktigt sätt ska emellertid inte förväxlas med frågan huruvida det förelåg allvarliga svårigheter som medför att det formella granskningsförfarandet måste inledas. Undersökningen av huruvida det förekom allvarliga svårigheter har nämligen inte till syfte att pröva huruvida kommissionen gjorde en riktig tillämpning av artikel 87 EG, utan syftar till att pröva huruvida kommissionen, då den antog det angripna beslutet, hade tillgång till tillräckligt fullständiga upplysningar för att bedöma om det omtvistade tillskottet var förenligt med den gemensamma marknaden.

130 Den omständigheten att kommissionen enligt sökanden gjorde en oriktig bedömning av det omtvistade tillskottet och att den inte svarade på vissa invändningar som gjorts inom ramen för mål T-163/05 innebär inte att kommissionen inte kunde uttala sig om den aktuella åtgärden på grundval av de upplysningar som den hade tillgång till och att den följaktligen skulle ha varit tvungen att inleda det formella granskningsförfarandet för att avsluta sin undersökning. Det ska särskilt noteras att samtliga argument som anförs av en berörd part inom ramen för ett visst förfarande avseende liknande omständigheter inte med nödvändighet medför att det uppstår allvarliga svårigheter som kräver att det formella granskningsförfarandet inleds.

131 Vad gäller sökandens argument att kommissionen skulle ha gjort en djupare undersökning av de grundläggande skillnaderna mellan det omtvistade tillskottet och det passiva delägande som förekommer på marknaden samt av följderna av att tillskottet inte avsåg likvida medel, ska det vidare erinras om att kommissionen hade inlett det formella granskningsförfarandet med avseende på det aktuella tillskottet i det mål som gett upphov till den dom som har avkunnats denna dag i det ovan i punkt 14 nämnda målet T-163/05, Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen, samt med avseende på andra transaktioner rörande Landesbanken (regionala banker), och att den vid detta tillfälle särskilt diskuterat de särdrag hos det omtvistade tillskott som nämnts av sökanden, såsom de överförda tillgångarnas storlek, storleken på den andel i Helabas primärkapital som tillgångarna utgör, tillskottets permanenta karaktär, avsaknaden av möjlighet att dra sig ur investeringen samt frågan om beaktande av de högre avgifterna för de aktuella transaktionerna jämfört med transaktioner på marknaden till följd av att de överförda tillgångarna inte avsåg likvida medel. Det ska särskilt erinras om att, i motsats till vad sökanden har påstått, hade argumentet om kompensation för bristande likviditet genom ett minskat integrationsvärde redan

åberopats under den undersökning som föregick antagandet av beslut 2006/742. Mot denna bakgrund kan det konstateras att kommissionen, när den antog det angripna beslutet, hade tillgång till upplysningar som gjorde det möjligt att bedöma betydelsen av vart och ett av de särdrag hos det omtvistade tillskottet som angetts av sökanden. Dessutom hade sökanden, liksom alla andra berörda personer, haft möjlighet att ge kommissionen alla de upplysningar som den ansåg vara nödvändiga.

132 Vad gäller sökandens argument avseende tidsutdräkten för det preliminära granskningsförfarandet samt den omständigheten att kommissionen vid flera tillfällen begärde upplysningar av Förbundsrepubliken Tyskland innan den antog beslutet, ska det konstateras att tiden för undersökningen av det omtvistade tillskottet översteg den föreskrivna fristen för den preliminära granskningen av en anmäld åtgärd. Detta gäller även med beaktande av kommissionens förståeliga vilja att avvakta utgången av de formella granskningsförfarandena avseende tidigare transaktioner till förmån för Landesbanken, och den omständigheten att kommissionen vid tre tillfällen begärde upplysningar av Förbundsrepubliken Tyskland, av vilka en begäran behövde återkallas. Det framgår visserligen av rättspraxis att en tidsutdräkt som i hög utsträckning överstiger vad som är vanligt för en preliminär granskning samt innehållet i diskussionerna mellan kommissionen och den berörda medlemsstaten vid detta skede i förfarandet kan utgöra tecken på att det förekommer allvarliga bedömningssvårigheter (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 125 nämnda målet Tyskland mot kommissionen, punkterna 14, 15 och 17, och förstainstansrättens dom av den 10 maj 2000 i mål T-46/97, SIC mot kommissionen, REG 2000, s. II-2125, punkterna 89 och 102). Mot bakgrund av sökandens argument och de aktuella omständigheter som bedömts i punkterna 129–131 ovan, är den tid inom vilken det angripna beslutet antogs samt den omständigheten att flera skrivelser med begäran om upplysningar skickades emellertid inte tillräckligt för att visa att kommissionen antog det angripna beslutet trots att det förelåg allvarliga svårigheter.

133 Denna grund kan följaktligen inte godtas.

134 Då samtliga av sökandens grunder har underkänts kan talan inte vinna bifall.

Begäran om åtgärder för processledning

135 Sökanden har i sin ansökan begärt att förstainstansrätten ska förelägga kommissionen att inkomma med följande handlingar:

— de expertrapporter samt den rapport från revisionsbyrån som anges i skäl 46 i det angripna beslutet,

— det avtalsutkast avseende det omtvistade tillskottet som anges i skäl 16 i det angripna beslutet,

— de beräkningar som gjorts för att fastställa värdet av det omtvistade tillskottet och som åberopats i skäl 15 i det angripna beslutet samt intygen från revisionsbyråerna.

136 Sökanden har vidare begärt att förstainstansrätten ska förelägga kommissionen att uppge dels vilken emission som avses i skäl 74 i det angripna beslutet och genom vilken en investerare förvärvat en tysk banks hela primärkapital, uppgående till 500 miljoner euro, dels huruvida det finns avtal om förmånsrätt avseende det omtvistade tillskottet och särskilt i förhållande till tillskottet från maj 2005.

137 Sökanden har i sin replik begärt att förstainstansrätten ska uppmana kommissionen att inkomma med den konfidentiella versionen av det angripna beslutet samt det garantiavtal som tecknats mellan Helabas ägare.

138 Kommissionen har på förstainstansrättens begäran ingett expertrapporterna, rapporterna från revisionsbyrån, avtalsutkastet samt den konfidentiella versionen av det angripna beslutet (se punkt 24 ovan). Vad avser övriga handlingar framgår av vad som sagts ovan att tribunalen kan avgöra målet på grundval av de handlingar som ingetts av parterna.

Rättegångskostnader

139 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen, delstaten Hessen och Helaba har yrkat att sökanden ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom sökanden har tappat målet, ska dessas yrkanden bifallas.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (fjärde avdelningen)

följande:

1) Talan ogillas.

2) Bundesverband deutscher Banken eV ska bära sin rättegångskostnad samt ersätta kommissionens, Land Hessens och Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrales rättegångskostnader.

Czúcz Vadapalas Labucka

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 3 mars 2010.

Underskrifter

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten ..... II - 542

A — Det omtvistade tillskottet ..... II - 542

B — Det administrativa förfarandet och det angripna beslutet ..... II - 544

Förfarandet och parternas yrkanden ..... II - 548

Rättslig bedömning ..... II - 550

1. Upptagande till sakprövning ..... II - 550

2. Prövning i sak ..... II - 551

Bristande motivering ..... II - 551

Kvalificeringen av det omtvistade tillskottet ..... II - 552

— Parternas argument ..... II - 552

— Tribunalens bedömning ..... II - 554

Huruvida näringsskatten ska beaktas ..... II - 558

— Parternas argument ..... II - 558

— Tribunalens bedömning ..... II - 558

Avdrag för avgifter för refinansiering ..... II - 559

— Parternas argument ..... II - 559

— Tribunalens bedömning ..... II - 560

Huruvida den mellan delstaten Hessen och Helaba överenskomna ersättningen är marknadsmässig ..... II - 560

— Parternas argument ..... II - 560

— Tribunalens bedömning ..... II - 561

Åsidosättande av artikel 87 EG ..... II - 562

Parternas argument ..... II - 562

Tribunalens bedömning ..... II - 564

— Investeringsvolymen ..... II - 564

— Den omständigheten att möjlighet att dra sig ur investeringen saknas ..... II - 570

— Risken för förlust vid konkurs ..... II - 570

— Relevansen av att ersättningen är fast ..... II - 571

— Relevansen av tillskottet i maj 2005 ..... II - 573

Åsidosättande av sökandens processuella rättigheter ..... II - 575

Parternas argument ..... II - 575

Tribunalens bedömning ..... II - 576

Begäran om åtgärder för processledning ..... II - 580

Rättegångskostnader ..... II - 581