SENTENZA DEL TRIBUNALE (Quarta Sezione)

3 marzo 2010 *

Nella causa T-163/05,

Bundesverband deutscher Banken eV, con sede in Berlino (Germania), rappresentato dagli avv.ti H.-J. Niemeyer, K.-S. Scholz e J.-O. Lenschow,

ricorrente,

contro

Commissione europea, rappresentata dai sigg. N. Khan e T. Scharf, in qualità di agenti,

convenuta,

* Lingua processuale: il tedesco.

sostenuta da

Repubblica federale di Germania, rappresentata dal sig. M. Lumma e dalla sig.ra C. Schulze-Bahr, in qualità di agenti, assistiti dall'avv. J. Witting,

da

Land Hessen (Germania), rappresentato, inizialmente, dagli avv.ti H.-J. Freund e M. Holzhäuser, successivamente dagli avv.ti Freund e S. Lehr,

nonché da

Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, con sede in Francoforte sul Meno (Germania), rappresentata dall'avv. H.-J. Freund,

intervenienti,

avente ad oggetto la domanda di annullamento della decisione della Commissione 20 ottobre 2004, 2006/742/CE, relativa all'aiuto di Stato al quale la Germania ha dato esecuzione in favore di Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (GU 2006, L 307, pag. 159),

IL TRIBUNALE (Quarta Sezione),

composto dai sigg. O. Czúcz (relatore), presidente, V. Vadapalas e dalla sig.ra I. Labucka, giudici,

cancelliere: sig.ra C. Kristensen, amministratore

vista la fase scritta del procedimento e in seguito all'udienza del 9 settembre 2008,

ha pronunciato la seguente

Sentenza

Fatti

A — *Il conferimento controverso*

1 La Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (in prosieguo: la «Helaba») è una delle maggiori banche tedesche. Essa ha lo status giuridico di ente di diritto pubblico. Dal 1º gennaio 2001 la Helaba è controllata dal Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, con una partecipazione dell'85%, dal Land Hessen (in prosieguo: il «Land»), con una partecipazione del 10%, e dal Land della Turingia, con una partecipazione del 5%. La Helaba svolge funzioni di banca di fiducia del Land e del Land della Turingia, nonché di banca centrale delle casse di risparmio dell'Assia e della

Turingia. Essa opera parimenti quale banca commerciale, sia sul mercato nazionale sia sui mercati internazionali.

2 Con legge 17 dicembre 1998 il Land ha istituito un fondo speciale denominato Wohnungswesen und Zukunftsinvestition (Edilizia e investimenti per il futuro; in prosieguo: il «fondo speciale»). Detto fondo comprende i crediti vantati dal Land derivanti da finanziamenti a tasso ridotto concessi tra il 1948 ed il 1998 ai fini della promozione dell'edilizia residenziale popolare. Al 31 dicembre 1998 il portafoglio prestiti ammontava a 7,829 miliardi di marchi tedeschi (DEM) (pari a circa 4 miliardi di euro). Due periti indipendenti hanno valutato il valore attualizzato in 2,473 miliardi di DEM (1,264 miliardi di euro).

3 Il fondo speciale è stato integrato nel capitale della Helaba, con validità dal 31 dicembre 1998, per effetto di un contratto (in prosieguo: il «contratto») concluso tra quest'ultima ed il Land sotto forma di società interna quale «conferimento tacito in capitale» (in prosieguo: il «conferimento controverso»). A termini dell'art. 1, comma 2, del contratto, il conferimento doveva servire, permanentemente, da fondi propri di garanzia per la Helaba sotto forma di fondi propri di base. Il Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (Ente federale di vigilanza sul sistema creditizio; in prosieguo: il «BAKred») ha effettivamente riconosciuto l'intero conferimento quali fondi propri di base. È stato quindi ritenuto, in particolare, che il conferimento fosse conforme alla dichiarazione di Sydney, un comunicato stampa del comitato di Basilea sul controllo bancario del 27 ottobre 1998 che dichiara che la quota di strumenti ibridi di capitali propri (strumenti che presentano talune caratteristiche, al tempo stesso, dei titoli di partecipazione e dei titoli di credito) nei fondi propri di base degli istituti di credito non può superare il 15%, salvo il caso di strumenti per i quali sia previsto, nel contratto che li disciplina, che il capitale viene concesso a titolo permanente restando privo di qualsiasi elemento espresso — diversa da una semplice opzione di rimborso anticipato dell'emittente — che possa produrre un rimborso dello strumento.

4 I contraenti hanno convenuto che la Helaba versi al Land, a titolo di contropartita per tale conferimento tacito, una remunerazione dell'1,4% all'anno dell'importo del conferimento, al netto della quota necessaria per garantire le attività di aiuto alla costruzione di alloggi popolari. Tale remunerazione comprende una remunerazione

dell'1,2% annuo per la funzione di garanzia ed una maggiorazione dello 0,2% per il carattere permanente del conferimento e del diritto di recesso unilaterale riconosciuto alla Helaba. A tale riguardo è stato, infatti, previsto, secondo un sistema progressivo, che, nel corso dei primi quattro anni (1998-2002), la remunerazione non venisse calcolata sul valore totale dei fondi trasferiti, bensì su scaglioni che aumentavano progressivamente anno per anno (in prosieguo: il «modello progressivo»). Gli scaglioni sono stati fissati in 700 milioni, 1,2 miliardi, 1,6 miliardi e 2 miliardi di DEM (vale a dire, rispettivamente, circa 380 milioni, 610 milioni, 820 milioni e 1,02 miliardi di euro).

B — *Le cause relative alle Landesbanken tedesche*

5 Con lettere 31 maggio e 21 dicembre 1994 il ricorrente, il Bundesverband deutscher Banken eV (associazione tedesca delle banche private), comunicava alla Commissione delle Comunità europee che taluni Länder, tra cui il Land della Renania del Nord-Westfalia, avevano integrato finanziamenti alla costruzione di alloggi nei fondi propri di garanzia di talune Landesbanken (banche regionali), quali la Westdeutsche Landesbank Girozentrale (in prosieguo: la «WestLB») ovvero che, ove ciò non fosse avvenuto, intendevano procedervi. A parere del ricorrente, a titolo di contropartita per tali conferimenti non sarebbe stata stabilita alcuna remunerazione conforme al criterio dell'investitore privato operante in un'economia di mercato (in prosieguo: il «criterio dell'investitore privato»), ragion per cui l'aumento dei fondi propri delle Landesbanken interessate risultante da tali operazioni avrebbe falsato la concorrenza a favore delle banche beneficiarie.

6 Con due lettere 6 agosto 1997 e 30 luglio 1998, il ricorrente informava la Commissione in ordine a due ulteriori cessioni di fondi, tra i quali il conferimento controverso.

7 In un primo tempo, la Commissione esaminava la cessione di fondi a favore della WestLB (in prosieguo: la «causa WestLB»), dichiarando che avrebbe esaminato le cessioni a favore delle altre banche alla luce delle risultanze di tale causa. In data 8 luglio 1999 la Commissione adottava la decisione 2000/392/CE, relativa alla misura alla quale la Repubblica federale di Germania ha dato esecuzione in favore

di Westdeutsche Landesbank Girozentrale (GU 2000, L 150, pag. 1; in prosieguo: la «decisione WestLB del 1999»), in cui dichiarava che l'operazione de qua implicava un aiuto di Stato incompatibile con il mercato comune ordinandone il recupero. Tale decisione è stata annullata dalla sentenza del Tribunale 6 marzo 2003, cause riunite T-228/99 e T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land Nordrhein-Westfalen/Commissione (Racc. pag. II-435; in prosieguo: la «sentenza WestLB»), per difetto di motivazione.

8 Con lettera 13 novembre 2002 la Commissione informava la Repubblica federale di Germania in ordine alla propria decisione di avviare i procedimenti formali di esame riguardanti, segnatamente, il conferimento controverso. La decisione di avvio del procedimento riguardante il conferimento controverso è stata pubblicata nella *Gazzetta ufficiale dell'Unione europea* (GU 2003, C 72, pag. 3).

C — *La decisione impugnata*

9 In data 20 ottobre 2004 la Commissione ha emanato la decisione 2006/742/CE, relativa all'aiuto di Stato al quale la Germania ha dato esecuzione in favore di Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (GU 2006, L 307, pag. 159; in prosieguo: la «decisione impugnata»).

10 Nella decisione impugnata la Commissione ha ritenuto che, atteso che il fondo speciale è stato riconosciuto dal BAKred quali fondi propri di base della Helaba, occorresse, ai fini dell'esame se il comportamento del Land corrispondesse al comportamento di un investitore privato, porre a raffronto il conferimento controverso con gli strumenti di capitali propri che erano stati riconosciuti quali fondi propri di base in Germania nell'anno del conferimento e che erano, concretamente, a disposizione della Helaba al momento della cessione per un investimento di tale ordine di grandezza, vale a dire nettamente superiore al 15% dei fondi propri di base della Helaba. A tal riguardo, l'istituzione ha respinto l'argomento del ricorrente secondo cui le caratteristiche del conferimento controverso, risultanti dal contratto concluso tra il Land e la Helaba, avrebbero reso il detto conferimento più simile ad un conferimento di capitale sociale

piuttosto che ad un conferimento tacito «normale», vale a dire a durata determinata (punti 128-139 della decisione impugnata).

11 Per quanto attiene al calcolo della remunerazione che un investitore privato avrebbe preteso da un conferimento come quello controverso, la Commissione ha distinto l'importo a disposizione della Helaba per garantire le proprie attività commerciali da quello che per vari motivi non poteva essere utilizzato, a suo parere, dalla Helaba a tal fine (punti 141 e 142 della decisione impugnata).

12 Quanto all'importo che era a disposizione della Helaba per garantire le proprie attività commerciali, in primo luogo, la Commissione ha ritenuto che si dovesse tener conto del fatto che la Helaba fosse tenuta a versare l'imposta gravante sulle imprese industriali e commerciali (in prosieguo: l'«imposta sulle attività produttive»), incombente sugli investitori industriali e commerciali esercenti attività in Germania, ma che, nella specie, doveva essere versata dalla Helaba, non essendovi il Land tenuto (punti 157-159 della decisione impugnata).

13 In secondo luogo, la Commissione ha fatto presente che, sul mercato, il tasso utilizzato a titolo di riferimento per il calcolo della remunerazione è fisso — corrispondente, in linea generale, al rendimento dei prestiti pubblici con valore residuo di dieci anni — ovvero variabile — corrispondente al tasso di mercato monetario interbancario, come i tassi Libor o Euribor. L'istituzione ha precisato che, indipendentemente dal tipo di tasso di riferimento utilizzato, occorre aggiungere una maggiorazione della remunerazione, la cui composizione varia a seconda che la remunerazione sia fissa o variabile. La Commissione ha spiegato che, nel caso in cui la remunerazione sia variabile, la maggiorazione di remunerazione corrisponde alla remunerazione della funzione di garanzia svolta dal conferimento tacito de quo (in prosieguo: la «remunerazione di garanzia»). Qualora, per contro, la remunerazione sia fissa, la maggiorazione di remunerazione si compone di due elementi: la maggiorazione di rifinanziamento, vale a dire la maggiorazione sui rendimenti dei prestiti statali che la banca deve pagare sul mercato per procurasi liquidità, e la remunerazione di garanzia corrispondente al profilo di rischio del conferimento tacito di cui trattasi (punto 162 della decisione impugnata).

14 Non implicando il conferimento controverso un trasferimento di liquidità ed implicando oneri di rifinanziamento supplementari per la Helaba, la Commissione ha ritenuto che quest'ultima dovesse versare al Land unicamente una remunerazione di garanzia (punti 162, 184-187 della decisione impugnata).

15 Per quanto attiene, quindi, alla conformità al mercato della remunerazione convenuta, aumentata in ragione dell'imposta sulle attività produttive, la Commissione ha ritenuto che, atteso che il detto corrispettivo si collocava nella parte superiore della fascia di mercato per la remunerazione di garanzia, non vi fossero elementi che le consentissero di concludere che la Helaba sarebbe stata favorita per aver così beneficiato di un aiuto di Stato (punti 172 e 183 della decisione impugnata).

16 Per quanto riguarda l'importo che, a suo parere, non era a disposizione della Helaba per garantire le sue attività commerciali, in quanto doveva servire a garantire le attività di aiuto del fondo speciale alla costruzione di alloggi popolari, ovvero per effetto del modello progressivo, la Commissione ha ritenuto che l'iscrizione di tale importo nel bilancio della Helaba successivamente al momento dell'apporto implicasse un vantaggio per quest'ultima, funzionando come un avallo che, contrariamente a quanto era stato previsto inter partes, doveva essere remunerato, in ragione dello 0,3% annuo al lordo delle imposte. L'istituzione ha quindi ritenuto che la Helaba avesse ricevuto un aiuto di Stato di importo pari a 6,9 milioni di euro (punti 155 e 190 della decisione impugnata).

Procedimento e conclusioni delle parti

17 Con atto introduttivo depositato presso la cancelleria del Tribunale in data 18 aprile 2005, il ricorrente ha proposto il presente ricorso.

18 Con atti depositati presso la cancelleria del Tribunale, rispettivamente, in data 29 luglio, 4 e 8 agosto 2005, la Helaba, la Repubblica federale di Germania e il Land hanno chiesto di intervenire nel procedimento a sostegno della Commissione. Con

ordinanza 30 settembre 2005 il presidente della Terza Sezione del Tribunale ha ammesso i detti interventi.

19 Il ricorrente ha chiesto, con lettere 9 e 23 agosto 2005 nonché 15 dicembre 2005, che taluni elementi confidenziali contenuti nel ricorso e nella replica venissero esclusi dalla comunicazione agli intervenienti. Il ricorrente ha prodotto una versione non confidenziale di tali memorie. La loro comunicazione agli intervenienti è stata limitata alle dette versioni non confidenziali. Gli intervenienti non hanno sollevato obiezioni al riguardo.

20 Il ricorrente ha segnalato al Tribunale, con lettera 20 dicembre 2005, di non aver indicato le banche che gli hanno fornito talune informazioni contenute nella replica, atteso che le banche medesime temevano grave pregiudizio per le proprie relazioni commerciali con la Helaba qualora questa avesse appreso i loro nominativi. Il ricorrente ha spiegato che tali informazioni sarebbero state fornite unicamente al Tribunale su richiesta del medesimo.

21 Gli intervenienti hanno depositato le loro memorie nei termini all'uopo impartiti. Il ricorrente ha parimenti depositato le proprie osservazioni sulle memorie di intervento entro i termini impartiti. La Commissione ha rinunciato a presentare osservazioni in merito alle dette memorie.

22 Con lettera 28 marzo 2006 la Commissione ha chiesto al Tribunale di ritirare dagli atti taluni allegati alla replica. Atteso che il ricorrente non si è opposto a tale richiesta per quanto riguarda l'allegato C.3 della replica, questo è stato ritirato dagli atti con decisione del presidente della Terza Sezione 28 giugno 2006. La decisione concernente gli altri allegati di cui la Commissione ha chiesto il ritiro è stata riservata.

23 Atteso che la composizione delle sezioni del Tribunale è stata modificata, il giudice relatore è stato destinato alla Quarta Sezione, cui la presente causa è stata conseguentemente attribuita.

24 In considerazione della prossima cessazione del mandato di uno dei membri della sezione, il presidente del Tribunale ha designato un altro giudice per completarla, in applicazione delle disposizioni dell'art. 32, n. 3, del regolamento di procedura del Tribunale.

25 Su relazione del giudice relatore, il Tribunale (Quarta Sezione) ha deciso di passare alla fase orale e, nell'ambito delle misure di organizzazione del procedimento previste dall'art. 64 del regolamento di procedura, ha invitato la Commissione a depositare taluni documenti e ha posto alle parti taluni quesiti scritti cui queste hanno risposto entro i termini all'uopo impartiti.

26 Le difese orali delle parti e le loro risposte ai quesiti orali del Tribunale sono state sentite all'udienza del 9 settembre 2008. Al termine di tale udienza, la Commissione è stata autorizzata a rispondere per iscritto ad uno dei quesiti posti dal Tribunale. La Commissione ha risposto con lettera del 19 settembre 2008 e, il 2 ottobre seguente, il ricorrente ha depositato osservazioni in merito a tale risposta. La fase orale del procedimento è stata chiusa l'8 ottobre 2008.

27 Il ricorrente conclude che il Tribunale voglia:

— annullare la decisione impugnata;

— condannare la Commissione alle spese.

28 La Commissione, sostenuta dagli intervenienti, conclude che il Tribunale voglia:

— dichiarare il ricorso irricevibile e, in subordine, respingerlo in quanto infondato;

— condannare il ricorrente alle spese.

In diritto

A — *Sulla ricevibilità*

29 La Commissione deduce che il ricorso è probabilmente irricevibile in quanto il ricorrente non sarebbe individualmente interessato dalla decisione impugnata.

30 Si deve rammentare che il giudice può legittimamente valutare, in considerazione delle circostanze della specie, se la corretta amministrazione della giustizia giustifichi il rigetto del ricorso nel merito, senza pronunciarsi preliminarmente sull'eccezione di irricevibilità sollevata dal convenuto (sentenza della Corte 26 febbraio 2002, causa C-23/00 P, Consiglio/Boehringer, Racc. pag. I-1873, punti 51 e 52, e sentenza del Tribunale 13 settembre 2006, cause riunite T-217/99, causa T-321/00 e T-222/01, Sinaga/Commissione, non pubblicata nella Raccolta, punto 68).

31 Nella specie si deve osservare che, mentre la causa in esame e quella oggetto della sentenza pronunciata dal Tribunale in data odierna, causa T-36/06, Bundesverband deutscher Banken/Commissione, Racc. pag. II-537, sollevano questioni di ricevibilità

parzialmente differenti in conseguenza del fondamento normativo delle rispettive decisioni impugnate, esse sollevano questioni di merito sostanzialmente analoghe, in quanto nella causa oggetto di quest'ultima sentenza le parti hanno reiterato una serie di argomenti già dedotti nell'ambito del presente procedimento. Pertanto, il Tribunale ritiene opportuno pronunciarsi immediatamente sui motivi dedotti dal ricorrente, senza statuire preliminarmente sull'eccezione di irricevibilità sollevata dalla Commissione, atteso che il ricorso di annullamento è, in ogni caso e per i motivi esposti in prosieguo, destituito di fondamento.

B — *Sul merito*

32 Il ricorrente deduce che la decisione impugnata è contraria all'art. 87, n. 1, CE, nella parte in cui la remunerazione convenuta tra il Land e la Helaba per la quota del conferimento che quest'ultima poteva utilizzare per garantire le proprie attività commerciali non è conforme a quanto avrebbe richiesto un investitore privato nel momento in cui l'operazione ha avuto luogo e che la rinuncia del Land ad una remunerazione adeguata costituisce un aiuto di Stato. Il ricorrente sostiene, inoltre, che talune valutazioni contenute nella decisione impugnata siano insufficientemente motivate.

33 In particolare, il ricorrente deduce, anzitutto, che la Commissione non si sarebbe fondata sulla situazione del mercato nel momento in cui il conferimento controverso ha avuto luogo. Esso censura inoltre le valutazioni della Commissione relative alle singole tappe seguite per giungere alla conclusione che la remunerazione convenuta per la quota del conferimento controverso che la Helaba poteva utilizzare per garantire le proprie attività commerciali non costituisce un aiuto di Stato. In primo luogo, il ricorrente censura il fatto che la Commissione abbia considerato che, ai fini del raffronto della remunerazione convenuta per il conferimento controverso con la remunerazione di altre operazioni realizzate sul mercato, il conferimento medesimo fosse più assimilabile ad un conferimento tacito a durata determinata che non ad un investimento nel capitale sociale. In secondo luogo, il ricorrente censura il fatto che la Commissione abbia accolto la soluzione che prevede una remunerazione progressiva della quota del conferimento controverso che la Helaba poteva utilizzare per garantire le proprie attività commerciali, conformemente al modello progressivo. In terzo luogo,

esso contesta le valutazioni della Commissione quanto alle eventuali maggiorazioni e riduzioni applicabili alla fascia di valori della remunerazione di garanzia risultante dal mercato, al fine di tener conto delle specificità del conferimento controverso. In quarto luogo, il ricorrente contesta il fatto che la Commissione abbia detratto dalla remunerazione che verrebbe richiesta sul mercato gli oneri di rifinanziamento derivanti per la Helaba dalla pretesa assenza di liquidità del conferimento stesso.

34 Si deve rammentare, in limine, che l'art. 87, n. 1, CE mira ad evitare che gli scambi tra Stati membri vengano pregiudicati da vantaggi concessi dalle pubbliche autorità, i quali, sotto varie forme, alterino o rischino di alterare la concorrenza, favorendo determinate imprese o determinati prodotti.

35 Al fine di verificare se una misura statale costituisca un aiuto, occorre quindi accertare se l'impresa beneficiaria riceva un vantaggio economico che non avrebbe ottenuto in normali condizioni di mercato (sentenza della Corte 11 luglio 1996, causa C-39/94, SFEI e a., Racc. pag. I-3547, punto 60; sentenza WestLB, cit. supra, punto 7, punti 207 e 243).

36 A tale riguardo, non può ritenersi che l'esercizio intellettuale consistente nel verificare se un'operazione si sia svolta in condizioni normali di economia di mercato debba necessariamente essere fatto con riferimento al solo investitore, o alla sola impresa beneficiaria dell'investimento, mentre l'interazione tra i diversi agenti economici è proprio ciò che caratterizza l'economia di mercato (sentenza WestLB, cit. supra, punto 7, punto 327). Peraltro, tale esercizio non esige nemmeno di fare completa astrazione dai vincoli derivanti dalla natura del patrimonio trasferito, dovendo tenersi conto, a titolo di riferimento, del comportamento di un investitore privato che si trovi, nella misura del possibile, nella stessa situazione dell'investitore pubblico (v., in tal senso, sentenze della Corte 16 maggio 2002, causa C-482/99, Francia/Commissione, Racc. pag. I-4397, punto 70; 28 gennaio 2003, causa C-334/99, Germania/

Commissione, Racc. pag. I-1139, punto 133, e sentenza WestLB, cit. supra, punto 7, punto 270).

37 Ciò premesso, la Commissione è tenuta, al fine di valutare l'esistenza per l'impresa di un vantaggio che questa non avrebbe potuto ottenere a condizioni di mercato, ad effettuare un'analisi completa di tutti gli elementi rilevanti dell'operazione controversa e del suo contesto, compresa la situazione dell'impresa beneficiaria e del mercato considerato (sentenza WestLB, cit. supra, punto 7, punto 251). A tale riguardo, la Commissione può esaminare, in particolare, la questione se, in un caso come quello di specie, l'impresa avrebbe potuto procurarsi presso altri investitori fondi che le procurassero gli stessi vantaggi e, eventualmente, a quali condizioni, atteso che una misura non può costituire un aiuto di Stato se essa non colloca l'impresa de qua in una situazione più vantaggiosa di quella che sarebbe risultata senza l'intervento della pubblica autorità.

38 Si deve infine rammentare che la valutazione, da parte della Commissione, della questione se un investimento procuri un vantaggio che l'impresa non avrebbe potuto procurarsi sul mercato implica una valutazione economica complessa. Orbene, la Commissione, quando adotta un atto che implichi una valutazione di questo tipo, gode di un ampio potere discrezionale e il sindacato giurisdizionale di tale atto, pur essendo, in linea di principio, completo per quanto riguarda la questione se un provvedimento rientri nel campo di applicazione dell'art. 87, n. 1, CE, si limita alla verifica del rispetto delle norme riguardanti la procedura e la motivazione, dell'esattezza materiale dei fatti presi in considerazione per compiere la scelta contestata, dell'assenza di errori manifesti nella valutazione di tali fatti o dell'assenza di sviamento di potere. In particolare, non spetta al Tribunale sostituire la sua valutazione economica a quella dell'autore della decisione (sentenze del Tribunale 15 settembre 1998, cause riunite T-126/96 e T-127/96, BFM e EFIM/Commissione, Racc. pag. II-3437, punto 81; 12 dicembre 2000, causa T-296/97, Alitalia/Commissione, Racc. pag. II-3871, punto 105, e WestLB, cit. supra, punto 7, punto 282).

39 Prima di esaminare le singole censure dedotte dal ricorrente nei confronti della decisione impugnata, devono essere esaminati gli argomenti delle parti relativi al contesto in cui il conferimento controverso è stato convenuto.

1. *Il contesto nel quale il conferimento controverso è stato convenuto*

40 Il ricorrente deduce che non è corretto ritenere che la Helaba non avesse bisogno di un conferimento di fondi propri di base e che il conferimento è stato effettuato essenzialmente nell'interesse della Repubblica federale di Germania, in particolare del Land.

41 La Commissione, sostenuta dal Land e dalla Helaba, contesta tale presentazione del contesto della controversia.

42 Per quanto attiene alla situazione della Helaba, si deve rilevare che, prima dell'effettuazione del conferimento controverso, essa presentava una quota di fondi propri di base del 5,4% ed una quota di fondi propri del 9,6%, entrambe superiori alle quote minime fissate dalla legge, vale a dire 4% e 8%, rispettivamente (punti 28 e 32 della decisione impugnata). A differenza della causa WestLB, più volte invocata dal ricorrente, nessuna modifica della normativa applicabile rendeva nel 1998 indispensabile un aumento delle quote di fondi propri delle banche europee. Il fatto che le quote della Helaba fossero meno favorevoli di quelle delle grandi banche private tedesche non può implicare che il conferimento controverso fosse indispensabile per la sua sopravvivenza o per il mantenimento del suo volume di affari, atteso che non può considerarsi che tutte le banche tedesche che non presentino gli stessi valori delle grandi banche private necessitino di un'iniezione di capitale. In ogni caso, il ricorrente non ha comunicato le quote che le grandi banche private registravano nel 1998, bensì unicamente quelle attinenti al periodo compreso tra il 1984 ed il 1994.

43 Ciò premesso, si deve ritenere che la Helaba non avesse bisogno di nuovi fondi se non nella misura necessaria per raggiungere gli obiettivi di crescita fissati nel suo piano di attività. Oltre al fatto che l'eventuale mancato ottenimento dei fondi necessari a tal fine avrebbe prodotto soltanto la conseguenza di impedire la sua crescita e non avrebbe compromesso né la sua sopravvivenza né il volume delle sue attività

all'epoca, gli obiettivi di crescita fissati dal piano di attività della Helaba esigevano, conformemente alle osservazioni della Repubblica federale di Germania esposte al punto 54 della decisione impugnata, unicamente un aumento di fondi propri di base di un importo considerevolmente più ridotto rispetto a quello del conferimento controverso, se non delle tranches previste dal modello progressivo.

44 Le dichiarazioni del presidente del consiglio di amministrazione della Helaba pubblicate nella stampa tedesca del 1998, richiamate dal ricorrente, non rimettono in discussione tale rilievo. Infatti, la dipendenza della Helaba nei confronti del conferimento controverso non può essere minimamente dedotta dall'affermazione del presidente della medesima secondo cui, «se l'evoluzione a livello internazionale lo consentirà, [la Helaba] intender[à] ottenere [il fondo speciale] quale fondo proprio a fronte di una remunerazione conforme al mercato». Parimenti, un bisogno urgente di fondi propri non può essere dedotto dall'affermazione del presidente medesimo secondo cui, «quanto meno a lungo termine, occorre porsi la questione della dotazione di fondi propri della Helaba».

45 È pur vero che da tali affermazioni emerge che la Helaba era interessata al conferimento controverso e che questo doveva consentirle di soddisfare le proprie esigenze di fondi propri per più anni e di accrescere le sue attività a rischio. In effetti, la Helaba ha proposto di riprendere i fondi speciali sotto forma di un conferimento tacito solo in quanto si attendeva di ricavarne utili. Tuttavia, ciò non implica che essa dipendesse dal conferimento controverso o che non avrebbe potuto incrementare i propri fondi di base rivolgendosi ad investitori privati.

46 Per quanto attiene alla situazione del Land, dalla decisione impugnata e dagli atti di causa risulta che questo intendeva generare un gettito supplementare utilizzando il portafoglio di aiuti alla costruzione di alloggi popolari ad altri fini, che non intendeva tuttavia cederlo per poter mantenere la sua destinazione ad attività di aiuto, che non

desiderava suddividerlo tra più enti — in considerazione, da un lato, del fatto che, funzionando come fondo rotativo, deve rifinanziarsi mediante i rimborsi dei prestiti concessi e, dall'altro, dei costi e della perdita di flessibilità nella gestione dell'aiuto che ne sarebbero derivati — e che intendeva organizzare la gestione del patrimonio con la massima efficacia e il massimo risparmio di costi (punto 20 della decisione impugnata).

47 La Helaba si era dichiarata disposta a riprendere e a gestire l'intero stock di aiuti del patrimonio speciale. Il fatto che la Helaba gestisse già fondi e programmi di aiuto e il fatto che, trattandosi di una banca di diritto pubblico, il Land esercitasse una sorveglianza e possedesse gli strumenti migliori per controllare la sua solvibilità ed i suoi sviluppi hanno, in particolare, convinto il Land medesimo che la Helaba fosse il partner indicato. Le banche cooperative avevano certamente espresso spontaneamente il loro interesse per il patrimonio speciale, ma desideravano che il Land lo cedesse. Inoltre, malgrado il preteso ridotto livello della remunerazione convenuta per il conferimento controverso e il fatto che l'intenzione del Land di cedere il fondo fosse pubblica, avendone il ricorrente avuto conoscenza al più tardi nell'estate 1998, le grandi banche private, a differenza delle banche cooperative, non hanno presentato offerte concorrenti.

48 È quindi alla luce di tale contesto che occorre esaminare gli argomenti delle parti e accertare se la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto, in sostanza, che l'onere finanziario derivante per la Helaba dalla quota del fondo speciale che essa poteva utilizzare per garantire le proprie attività commerciali non fosse inferiore a quello che avrebbe sopportato in condizioni normali di mercato per ottenere gli stessi vantaggi e che, conseguentemente, il conferimento controverso non implicasse aiuti di Stato.

49 Atteso che uno degli argomenti del ricorrente concernente la pretesa erroneità della qualificazione del conferimento controverso quale apporto tacito nonché il preteso ridotto livello della remunerazione attiene all'elevato volume del conferimento e che

la Commissione contesta tale argomento fondandosi sul modello progressivo, occorre esaminare tale questione in primo luogo.

2. *Sulla presa in considerazione del modello progressivo*

a) La decisione impugnata

50 Come già rilevato supra al punto 11, la Commissione ha ritenuto che occorresse distinguere la remunerazione della quota del conferimento controverso che era a disposizione della Helaba per garantire le sue attività commerciali da quella della quota del conferimento che, per vari motivi, non lo era.

51 Per quanto riguarda la determinazione della quota del conferimento controverso che era a disposizione della Helaba per garantire le sue attività commerciali, la Commissione ha acconsentito di prendere in considerazione il modello progressivo convenuto inter partes secondo cui, durante i primi quattro anni successivi all'integrazione del conferimento controverso, la remunerazione dell'1,4% prevista dal contratto non sarebbe stata versata sull'intero conferimento, ad esclusione della quota necessaria per garantire le attività di aiuto alla costruzione di alloggi popolari, bensì su tranches stabilite a priori. La Commissione ha motivato l'accoglimento del modello progressivo facendo presente, da un lato, che, se è pur vero che i fondi erano di fatto utilizzabili dalla Helaba sin dall'inizio, quest'ultima aveva dichiarato di non aver bisogno degli attivi conferiti a fini di garanzia delle proprie attività commerciali se non progressivamente e, dall'altro, che, nell'ambito delle tranches convenute, era stata presa in considerazione la possibilità di utilizzazione e non l'utilizzazione effettiva. La Commissione ha ritenuto che un investitore privato nella situazione del Land, che non intendesse dividere il patrimonio speciale, non sarebbe stato in grado di imporre un aumento più rapido della base di capitale da remunerare al tasso convenuto dell'1,4% (punti 143-146 della decisione impugnata). Essa ha tuttavia ritenuto che la quota del

conferimento controverso eccedente le tranches convenute dovesse essere remunerata ad un tasso dello 0,3% (punti 142, 191 e 192 della decisione impugnata).

b) Argomenti delle parti

52 Il ricorrente deduce che la Commissione è incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che il modello progressivo rispondesse al criterio dell'investitore privato. Esso sostiene che, come la Commissione stessa riconoscerebbe, la questione se l'emittente utilizzi effettivamente l'intero importo per garantire le proprie attività commerciali sia indifferente per l'investitore, atteso che, per quest'ultimo, ciò che conterebbe sarebbe il fatto di aver messo a disposizione della banca il proprio patrimonio, rinunciando così al suo godimento e rischiandone la perdita.

53 Il ricorrente ritiene che le ragioni dedotte dalla Commissione per accettare malgrado tutto il modello progressivo siano erronee.

54 Per quanto attiene al fatto che la Helaba aveva informato il Land in ordine alla circostanza che essa non avrebbe utilizzato l'intero conferimento controverso ab initio, il ricorrente deduce che, se è pur vero che la Helaba si è probabilmente comportata in modo ragionevole dal punto di vista economico esigendo l'applicazione del modello progressivo, ciò non vale per il Land, atteso che, in tali circostanze, un investitore privato non avrebbe rinunciato ad una quota della propria remunerazione, bensì avrebbe cercato altre opportunità di investimento che gli consentissero di massimizzare i propri utili o, quantomeno, avrebbe trasferito il patrimonio speciale progressivamente a seconda delle esigenze della Helaba. All'udienza, in risposta ad un quesito posto dal Tribunale, il ricorrente ha tuttavia affermato che, nella specie, la questione non verteva sull'interrogativo se il Land dovesse trasferire progressivamente il proprio patrimonio speciale o cercare di collocarlo altrove, bensì se esso non avrebbe dovuto esigere la remunerazione per la totalità dei fondi trasferiti.

55 Il ricorrente afferma che la Commissione, contrariamente a quanto da essa preteso, ha derogato alla prassi dalla medesima seguita nelle pratiche concernenti le altre Landesbanken. Esso deduce, in tal senso, che nel suo controricorso presentato nel procedimento da cui è scaturita la sentenza WestLB, cit. supra, punto 7, la Commissione ha sostenuto che nessun investitore privato metterebbe capitali a disposizione di un'impresa accettando di ricevere solo una remunerazione parziale per il fatto che l'importo dei medesimi è, in realtà, superiore alle esigenze effettive dell'impresa.

56 Per quanto attiene al fatto che la remunerazione doveva essere versata in funzione delle tranches convenute inter partes, indipendentemente dalla questione se la Helaba avesse utilizzato tutte le dette somme o meno, il ricorrente deduce che il contratto non conteneva alcuna clausola che vietasse alla Helaba di utilizzare il conferimento controverso per l'espansione delle proprie attività al di là degli importi di riferimento. Il ricorrente ritiene, conseguentemente, che la determinazione di tali importi di riferimento non costituisse un vantaggio per il Land, essendo prevedibile che la Helaba utilizzasse un importo più elevato a fini di garanzia. Il ricorrente osserva, peraltro, che un investitore privato avrebbe preteso una remunerazione per il vantaggio in termini di quotazione di cui la Helaba ha beneficiato per effetto dell'aumento dei propri fondi di base.

57 La Commissione, sostenuta dal Land e dalla Helaba, contesta tali argomenti.

c) Giudizio del Tribunale

58 Si deve anzitutto rilevare che, come riconosciuto dal ricorrente stesso all'udienza, la questione relativa all'individuazione delle opportunità alternative di investimento che avrebbero potuto risultare interessanti per il Land non è pertinente nella specie. Infatti, non si tratta di accertare se il Land avrebbe potuto ottenere un rendimento più elevato dal proprio fondo speciale investendolo diversamente ovvero in un'altra impresa, bensì di acclarare se, investendo tale fondo speciale nella Helaba

alle condizioni convenute, il Land abbia procurato a quest'ultima un vantaggio che la stessa non avrebbe potuto ottenere altrimenti.

59 Si deve inoltre rilevare che le parti concordano sul fatto che un investitore privato, che ponga il suo capitale a disposizione di una banca a titolo di fondi propri di base della medesima e, conseguentemente, rinunci al suo godimento esponendosi al rischio di perderlo, esigerà una remunerazione per gli interi capitali trasferiti. Nella decisione impugnata la Commissione ha ritenuto, in tal senso, che l'intero conferimento controverso dovesse essere remunerato, e ciò sin dal primo giorno della sua integrazione nella Helaba, atteso che a decorrere da tale momento il Land ha assunto il rischio di perderlo e che la Helaba ne ha potuto trarre vantaggi (punti 142, 155, 191 e 192 della decisione impugnata).

60 La Commissione ha tuttavia osservato che un investitore privato avrebbe accettato una remunerazione differenziata su due tassi a seconda della funzione assolta dalle singole parti del conferimento controverso (punti 142, 143 e 191-193 della decisione impugnata). L'istituzione ha quindi ritenuto che un investitore privato avrebbe, da un lato, accettato la remunerazione convenuta dal Land e dalla Helaba per la parte del conferimento controverso utilizzabile da quest'ultima ai fini dell'espansione delle proprie operazioni commerciali e, dall'altro, preteso una remunerazione dello 0,3% per il residuo del conferimento controverso, in considerazione, segnatamente, del vantaggio in termini di rating derivante per la Helaba dalla sua iscrizione, sin dal primo giorno, quali fondi propri di base. Atteso che il Land non ha chiesto remunerazione per la parte del conferimento controverso non utilizzabile ai fini dell'espansione delle attività commerciali della Helaba, la Commissione ha concluso, riguardo al periodo intercorrente dal 31 dicembre 1998 al 31 dicembre 2003, che sussisteva un aiuto di Stato dell'importo di 6,09 milioni di euro, ordinandone il recupero da parte della Repubblica federale di Germania.

61 Il ricorrente censura le valutazioni della Commissione secondo cui, nelle circostanze della specie, un investitore privato avrebbe accettato il modello progressivo e, conseguentemente, che, nel corso dei primi anni, una parte dei fondi, potendo essere

utilizzata prudenzialmente per garantire le attività commerciali della Helaba — vale a dire la parte del conferimento controverso eccedente le tranches del modello progressivo e non necessaria per garantire le attività di aiuto alla costruzione di alloggi popolari del fondo speciale — non verrebbe remunerata allo stesso tasso della parte residua dei fondi medesimi.

62 In primo luogo, il ricorrente deduce che, come riconosciuto dalla Commissione stessa nella decisione impugnata e come da questa affermato nell'ambito della causa WestLB, un investitore privato non accetterebbe che il rendimento del proprio investimento dipendesse dall'importo effettivamente utilizzato dei fondi propri.

63 Si deve rilevare, a tal riguardo, che la base per la remunerazione convenuta inter partes non dipendeva, nemmeno nel corso dei primi anni successivi al conferimento controverso, dall'importo effettivamente utilizzato del conferimento medesimo. Infatti, dalla decisione impugnata emerge che la Helaba doveva remunerare il Land per tutte le tranches convenute, indipendentemente dal loro impiego effettivo ai fini dell'espansione delle sue attività commerciali. Al termine del periodo di applicazione del modello progressivo, vale a dire a decorrere dal 2003, la remunerazione convenuta inter partes doveva essere versata sull'intero conferimento controverso, ad eccezione della quota diretta a garantire le attività di aiuto alla costruzione di alloggi popolari, a prescindere dall'importo effettivamente utilizzato dalla Helaba per garantire le sue attività commerciali. La decisione impugnata risulta pertanto conforme al principio, invocato dal ricorrente, secondo cui un investitore privato non accetterebbe che il rendimento del proprio investimento dipendesse dall'importo effettivamente utilizzato dei fondi propri.

64 In secondo luogo, il ricorrente afferma che la differenziazione cui la Commissione ha proceduto, distinguendo a seconda che il capitale non sia, come nella specie, diretto a essere utilizzato ai fini dell'espansione delle attività, avendo la banca annunciato preventivamente di non averne bisogno e che non l'avrebbe utilizzato, ovvero possa essere liberamente utilizzato, risulta priva di pertinenza per l'investitore atteso che, in entrambi i casi, questi non dispone più del capitale. Il ricorrente sostiene che, in ogni caso, l'accordo concluso tra il Land e la Helaba non protegge il Land stesso,

considerato che non contiene impegni della Helaba ad utilizzare i fondi trasferiti unicamente a concorrenza delle tranches convenute.

65 Per quanto attiene all'affermazione del ricorrente secondo cui, per l'investitore, sarebbe irrilevante che la Helaba abbia dichiarato di non aver bisogno nell'immediato degli interi fondi, si deve rammentare che, secondo la giurisprudenza (v. supra, punto 36), la conformità di un'operazione con il mercato non può essere valutata dal punto di vista del solo investitore, dovendo essere valutata tenendo conto dell'interazione tra i singoli operatori economici e del contesto in cui l'operazione si colloca.

66 Orbene, il ricorrente non deduce argomenti che consentano di ritenere che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che, in una situazione come quella di specie, caratterizzata, da un lato, dal fatto che il Land intendeva investire un patrimonio non liquido che non intendesse dividere e, dall'altro, dal fatto che la Helaba non avesse bisogno, né a breve né a medio termine, di un capitale dell'entità del fondo speciale, un investitore privato non sarebbe riuscito ad ottenere dalla banca la remunerazione immediata dell'intero conferimento controverso allo stesso tasso applicato per la remunerazione della funzione di espansione delle attività commerciali della banca. Al contrario, il ricorrente stesso afferma che la Helaba si è probabilmente comportata in modo ragionevole, esigendo il ricorso al modello progressivo.

67 In ogni caso, non appare manifestamente erroneo ritenere che una banca non accetterà di versare il tasso corrispondente alla remunerazione della funzione di espansione delle sue attività commerciali con riguardo a fondi di cui sappia, anticipatamente, di non essere in grado di utilizzarli a tal fine. Infatti, tali fondi, se è pur vero che possono consentirle, come indicato dalla Commissione, di rafforzare la propria solvibilità o di evitarne il degrado e, pertanto, di ridurre o mantenere inalterati i propri oneri finanziari, non le consentono di ottenere redditi supplementari derivanti da nuove operazioni.

68 Pertanto, nelle circostanze della specie, un investitore privato nella situazione del Land avrebbe dovuto tener conto del fatto che, alla luce dell'impossibilità per la Helaba di utilizzare nell'immediato l'intero conferimento prudenzialmente disponibile ai fini dell'espansione delle sue attività commerciali, la parte del conferimento che la Helaba stessa non era in grado di utilizzare non assolveva per essa la stessa funzione economica di quella che, invece, poteva utilizzare.

69 Certamente, tale circostanza non giustificava che il Land rinunciasse al percepimento di qualsivoglia remunerazione per i fondi che la Helaba non poteva utilizzare e che le sono stati tuttavia trasferiti per evitare di dividere il fondo speciale. Tali fondi, essendo volti a garantire le esposizioni della Helaba sin dal primo giorno, erano quindi soggetti, a decorrere da tale momento, a un certo rischio di perdita e procuravano alla Helaba un vantaggio in termini di quotazione e di reputazione. Proprio al fine di garantire una remunerazione del rischio assunto dal Land e del vantaggio tratto dalla Helaba la Commissione ha imposto la corresponsione di una remunerazione pari allo 0,3% annuo per tale parte del conferimento controverso.

70 Per quanto attiene al fatto che il contratto non prevede clausole con cui la Helaba si sarebbe impegnata a non utilizzare, ai fini dell'espansione delle proprie attività commerciali, gli importi eccedenti le tranches convenute, si deve rilevare che tale circostanza non è idonea a rendere manifestamente erronea la valutazione della Commissione secondo cui la parte del conferimento controverso eccedente le tranches non assolveva una funzione di espansione delle attività commerciali. Infatti, si deve rilevare che il Land ha ottenuto che le tranches fossero fissate ad un livello ben più rilevante di quello che sarebbe stato necessario rispetto al fabbisogno di capitale della Helaba risultante dal suo piano di attività, assicurandosi, in tal modo, che le tranches non sarebbero state superate. Dalle osservazioni della Repubblica federale di Germania, esposte al punto 54 della decisione impugnata e confermate dal ricorrente e dalla Helaba nelle rispettive memorie scritte, emerge infatti che le tranches sono state fissate in circa 384 milioni (1999), 614 milioni (2000), 818 milioni (2001) e 1,02 miliardi (2002) di euro, mentre, sulla base della crescita annuale programmata, la banca aveva bisogno di circa 150 milioni di euro all'anno.

71 Infine, si deve rilevare che il ricorrente, che si è concentrato sulla situazione del Land quale investitore, non spiega in qual misura la soluzione accolta dalla Commissione, consistente nell'accettazione del modello progressivo e nell'imposizione di una remunerazione dello 0,3% per la parte di conferimento eccedente le tranches convenute, implicherebbe un vantaggio in termini di concorrenza per la Helaba che questa non avrebbe potuto procurarsi a condizioni di mercato.

72 La Commissione non è quindi incorsa in alcun manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che, nelle circostanze della specie, il fatto che nel periodo compreso tra il 1999 ed il 2002 la Helaba non abbia versato una remunerazione di livello adeguato alla funzione di espansione delle attività commerciali per la parte di capitale che, sebbene prudenzialmente utilizzabile per garantire le sue attività commerciali, non sarebbe stata impiegata a tal fine non costituisse un vantaggio che la Helaba non avrebbe potuto procurarsi a condizioni di mercato.

73 Tale conclusione non può essere inficiata dall'argomento del ricorrente secondo cui l'accettazione da parte della Commissione, nella specie, del modello progressivo derogherebbe alla precedente prassi dell'istituzione, in particolare alla posizione da questa difesa nell'ambito del procedimento giudiziario relativo alla decisione WestLB del 1999. Infatti, si deve rilevare, a tale riguardo, che tale decisione è stata annullata dal Tribunale con la sentenza WestLB, cit. supra, punto 7, e che la decisione adottata dalla Commissione in seguito a tale annullamento — vale a dire la decisione 20 ottobre 2004, 2006/737/CE, relativa all'aiuto di Stato al quale la Germania ha dato esecuzione in favore di Westdeutsche Landesbank — Girozentrale, ora WestLB AG (GU 2006, L 307, pag. 22; in prosieguo: la «decisione WestLB del 2004») — non impone più la maggiorazione del tasso di remunerazione che la Commissione aveva motivato con l'argomento invocato dal ricorrente. In ogni caso, non può ritenersi che la Commissione abbia accettato che il Land riceva unicamente una remunerazione parziale per la quota del conferimento controverso prudenzialmente utilizzabile ai fini dell'espansione delle attività commerciali della Helaba. Infatti, l'istituzione ha sostanzialmente considerato che, a seguito del compromesso da cui risulta il modello progressivo, il Land non abbia lasciato l'utilizzazione dei fondi trasferiti alla discrezionalità commerciale della Helaba e che, con l'imposizione di una remunerazione dello 0,3% per la parte del conferimento controverso eccedente le tranches previste, esso non ricevesse una remunerazione parziale, bensì una remunerazione adeguata per le singole parti del conferimento controverso, a seconda della funzione che esse presentavano per la Helaba.

74 Alla luce delle suesposte considerazioni, la censura in esame dev'essere respinta.

3. *Sulla censura secondo cui la Commissione avrebbe erroneamente qualificato il conferimento controverso quale conferimento tacito «normale» e non quale investimento nel capitale sociale*

a) La decisione impugnata

75 La Commissione riassume gli argomenti dinanzi ad essa dedotti facendo presente che, secondo quanto dichiarato dalla ricorrente «l'unica forma giuridica a disposizione della Helaba era quella del capitale sociale» e che, conseguentemente, il conferimento controverso costituiva «un abuso della forma del conferimento tacito "normale"». L'istituzione rileva parimenti che, secondo il ricorrente, il conferimento controverso presentava, dal punto di vista economico, talmente tanti elementi in comune con il capitale sociale che un investitore avrebbe preteso un tasso di interesse rispondente alla remunerazione del capitale sociale. Tuttavia, a parere della Repubblica federale di Germania, «era possibile anche la forma giuridica del conferimento tacito di durata illimitata» (in prosieguo: il «perpetual») punti 127 e 128 della decisione impugnata).

76 In primo luogo, la Commissione prende atto del fatto che il conferimento tacito è stato esplicitamente concordato come tale fra il Land e la Helaba e parimenti riconosciuto come tale dalle competenti autorità tedesche (punto 129 della decisione impugnata).

77 In secondo luogo, la Commissione afferma che, per quanto attiene all'analisi del rischio, il conferimento controverso è maggiormente assimilabile al conferimento tacito «normale», vale a dire a durata limitata, che al capitale sociale. L'istituzione ritiene essenziale, a tal riguardo, il fatto che, come spiegato dalla Repubblica federale di Germania con richiamo ad una relazione peritale, in caso di fallimento il

conferimento controverso dovrebbe essere rimborsato, al pari di tutti gli altri conferimenti taciti «normali», prioritariamente rispetto al capitale sociale. Essa aggiunge che tanto il Land quanto l'investitore, realizzando un conferimento tacito a durata determinata, ricevono, fintantoché l'impresa non subisca perdite, l'intera remunerazione convenuta, laddove l'investitore nel capitale sociale ha diritto unicamente alla corresponsione di un dividendo proporzionale agli utili (punti 130-132 della decisione impugnata).

78 In terzo luogo, la Commissione spiega i motivi per i quali essa ritiene che gli argomenti dedotti dal ricorrente nel corso della fase amministrativa del procedimento non siano sufficienti per inficiare tale conclusione.

79 Infatti, in primo luogo, la Commissione respinge l'argomento del ricorrente secondo cui il conferimento controverso dovrebbe essere equiparato, al pari di quanto effettuato nella causa WestLB, ad un investimento nel capitale sociale in considerazione della rilevanza del suo volume, che produrrebbe un aumento a lungo termine dei fondi propri di base della Helaba a concorrenza di quasi il 50%. L'istituzione fa presente, a tal riguardo, che la Helaba non avrebbe incontrato problemi a coprire il proprio fabbisogno stimato di capitale, per il periodo compreso tra il 1998 ed il 2002, ottenendo presso diversi investitori istituzionali più conferimenti taciti di importi minori scaglionati nel tempo (punto 133 della decisione impugnata).

80 In secondo luogo, la Commissione ha respinto l'argomento del ricorrente secondo cui, per effetto del conferimento controverso, la quota di capitale sociale nell'importo complessivo dei fondi propri (in prosieguo: il «margine di capitale sociale») della Helaba non sarebbe stato superiore al 50%, laddove quella degli istituti di credito privati sarebbe superiore all'80%. La Commissione ha stimato che tale circostanza non imponesse di considerare che un investitore privato non avrebbe effettuato il conferimento controverso in quanto la Repubblica federale di Germania aveva dimostrato che le banche regionali ricorrevano più frequentemente ai conferimenti taciti oltre il tetto del 15% e ciò, in parte, presso investitori privati (punto 134 della decisione impugnata).

81 In terzo luogo, per quanto attiene alle conseguenze sul livello di rischio derivanti dal carattere permanente del conferimento controverso, la Commissione respinge gli argomenti del ricorrente secondo cui gli investitori istituzionali sarebbero unicamente disposti ad acquisire strumenti ibridi di capitali propri di durata fissa o strumenti presumibilmente recuperabili, in considerazione dell'aumento progressivo del tasso di distribuzione. Essa osserva che il carattere permanente del conferimento implica principalmente il rischio per l'investitore di non poter trarre profitto dagli aumenti dei tassi di interesse sul mercato, senza peraltro influire sul rischio di perdita. L'istituzione ne deduce che il carattere permanente del conferimento controverso non giustifichi, nella specie, che, ai fini del controllo dell'adeguatezza della remunerazione convenuta, il conferimento de quo venga paragonato alla remunerazione del capitale sociale in luogo di essere paragonato a quella dei conferimenti taciti (punti 136 e 138 della decisione impugnata).

82 La Commissione ne trae la conclusione che l'apporto del fondo speciale del Land «è [indubbiamente] avvenuto nella forma giuridica del conferimento tacito che presenta molte più analogie con altri conferimenti taciti che con il capitale sociale». L'istituzione afferma a tale riguardo che «non vi sono sufficienti elementi a comprova di un abuso della forma giuridica del conferimento tacito per un apporto di capitale che in realtà sotto il profilo economico costituirebbe capitale sociale». Essa rileva che «la base della remunerazione [del conferimento controverso] è costituita quindi dalla remunerazione di un conferimento tacito "normale", vale a dire di durata limitata e per un importo analogo a quelli che si osservano sul mercato, sulla quale va eventualmente applicato un premio» (punto 139 della decisione impugnata).

b) Argomenti delle parti

83 Il ricorrente deduce che il conferimento controverso non avrebbe dovuto essere qualificato come conferimento tacito «normale» e che, conseguentemente, la sua remunerazione non avrebbe dovuto essere paragonata a quella dei conferimenti taciti a durata determinata emessi sul mercato.

84 Il ricorrente sottolinea che la Commissione ha esaminato se le parti avessero illegittimamente qualificato il conferimento controverso come conferimento tacito e non come investimento nel capitale sociale, senza esaminare, se non sussidiariamente, le caratteristiche economiche del conferimento controverso. Il ricorrente afferma che tale ragionamento è erroneo, considerato che, nella specie, non si tratta di accertare se vi sia stato un abuso, bensì di esaminare se, dal punto di vista economico, il conferimento controverso fosse assimilabile più ad altri conferimenti taciti esistenti sul mercato o a investimenti nel capitale sociale.

85 Il ricorrente ritiene che, contrariamente alla conclusione raggiunta dalla Commissione, il conferimento controverso presenti differenze giuridiche ed economiche rispetto al modello di conferimento tacito risultante dal diritto societario o rispetto ai conferimenti taciti a durata determinata emessi sul mercato e riconosciuti quali fondi propri di base, presentando una struttura particolare che impedirebbe di paragonarli ai conferimenti taciti assunti dalla Commissione a tal fine. Il ricorrente ritiene, inoltre, che la Commissione, nell'effettuare le proprie valutazioni, non si sia collocata nel momento in cui il conferimento controverso è stato effettuato e che essa abbia, peraltro, erroneamente valutato la situazione del mercato all'epoca esistente.

86 Per quanto attiene, in primo luogo, alle specificità giuridiche del conferimento controverso, il ricorrente deduce che il conferimento medesimo non costituisce, dal punto di vista formale, un conferimento tacito «normale», ai sensi del diritto societario tedesco, particolarmente in quanto sarebbe stato concepito per rispondere ai requisiti fissati dalla legge e dalla dichiarazione di Sydney al fine di poter essere considerato appartenente ai fondi propri di base della Helaba, al di là del limite del 15%.

87 Per quanto attiene, in secondo luogo, alle specificità economiche del conferimento controverso, il ricorrente menziona cinque elementi che assimilerebbero il profilo di rischio del conferimento controverso più a quello dell'investimento nel capitale sociale che non a quello dei conferimenti taciti a durata determinata: il suo volume, la

sua natura di garanzia, il suo profilo di redditività, la protezione dei capitali investiti nonché la sua durata e l'impossibilità di cessione.

88 Per quanto attiene, in terzo luogo, alla situazione del mercato al momento in cui il conferimento è stato effettuato, il ricorrente deduce che la Commissione, scegliendo un periodo di riferimento erroneo, ha violato il criterio dell'investitore privato. Esso sostiene, quindi, che la Commissione ha fondato la propria conclusione, secondo cui il conferimento controverso doveva essere paragonato ai conferimenti taciti a durata determinata, su informazioni concernenti la prassi seguita dalle banche private nel periodo successivo alla data del conferimento controverso.

89 Il ricorrente contesta, inoltre, le affermazioni della Commissione secondo cui, da un lato, al momento del conferimento controverso sarebbe esistito in Germania un mercato di strumenti ibridi di capitali propri sviluppato e, dall'altro, la Helaba avrebbe potuto parimenti coprire il proprio fabbisogno di capitale emettendo il conferimento tacito in più tranches di minore entità. Il ricorrente fa valere, segnatamente, che la questione non verte sull'accertamento di quanto la Helaba avrebbe potuto fare per procurarsi i fondi, bensì sull'interrogativo se un investitore privato avrebbe effettuato un conferimento della stessa natura e alle stesse condizioni di quello controverso.

90 La Commissione e gli intervenienti contestano tali argomenti.

c) Giudizio del Tribunale

91 In limine occorre chiarire la posizione delle parti quanto alla rilevanza, ai fini della soluzione della presente controversia, della forma giuridica scelta dalla Helaba e dal Land per il conferimento controverso.

92 Dalla decisione impugnata, segnatamente dai suoi punti 127, 128 e 139 (v. supra, punti 75 e 82), emerge che la Commissione ha interpretato gli argomenti dedotti dal ricorrente nel corso della fase amministrativa del procedimento come diretti a far dichiarare che l'utilizzazione della forma giuridica del conferimento tacito costituiva un abuso.

93 Nel ricorso il ricorrente contesta tale interpretazione e deduce di non aver mai affermato che l'apporto controverso costituisse, giuridicamente, capitale sociale. Il ricorrente sostiene di aver affermato nel corso della fase amministrativa del procedimento che, in considerazione della sua configurazione concreta, il conferimento controverso si differenziasse considerevolmente, sul piano economico, da un conferimento tacito, assomigliando fortemente al capitale sociale, ragion per cui un investitore privato avrebbe preteso per tale conferimento una remunerazione corrispondente al profilo di rischio del capitale sociale stesso. Il ricorrente ha peraltro esaminato le caratteristiche giuridiche del conferimento controverso e fa valere che l'affermazione della Commissione, secondo cui il conferimento controverso sarebbe assimilabile a conferimenti taciti «normali», non resiste ad un'analisi approfondita della struttura giuridica del conferimento medesimo, presentando specificità importanti rispetto ad un conferimento tacito «normale» corrispondente al modello risultante dal diritto societario.

94 Dal complesso delle memorie delle parti emerge, tuttavia, che la questione se la Commissione abbia interpretato correttamente o meno gli argomenti dedotti dal ricorrente nel corso della fase amministrativa del procedimento non costituisce l'effettivo oggetto della presente controversia. Infatti, dagli argomenti delle parti risulta che esse concordano sul fatto che il conferimento controverso sia stato legittimamente qualificato dal Land e dalla Helaba come conferimento tacito e che sia stato riconosciuto come tale dalle autorità tedesche. Esse concordano parimenti sul fatto che le particolarità del conferimento controverso non impedissero al Land e alla Helaba di ricorrere alla forma giuridica del conferimento tacito.

95 Le parti concentrano quindi i loro argomenti sulla qualificazione del conferimento controverso, ai fini della determinazione delle operazioni di riferimento, sulla questione se il conferimento medesimo presenti analogie tali, per quanto riguarda il profilo del rischio, con il capitale sociale da indurre un investitore privato ad esigere una remunerazione corrispondente a quella del capitale sociale ovvero se esso sia più assimilabile a conferimenti taciti a durata determinata riconosciuti quali fondi propri

di base, ragion per cui la sua remunerazione poteva esse paragonata a quella dei conferimenti taciti stessi.

96 A tal riguardo, si deve rilevare che il paragone tra il conferimento controverso e altri strumenti ibridi costituisce una questione di una complessità economica certa, rispetto alla quale la Commissione gode di un ampio potere discrezionale (v. sentenza WestLB, cit. supra, punto 7, punto 351).

97 Inoltre, la qualificazione del conferimento controverso come conferimento tacito a durata determinata o come investimento nel capitale sociale costituisce solo uno strumento analitico utilizzato dalla Commissione nell'ambito dell'applicazione dell'art. 87, n. 1 (v., in tal senso, sentenza WestLB, cit. supra punto 7, punto 250).

98 Le valutazioni della Commissione a tal riguardo non consentono quindi di stabilire in modo automatico l'esistenza e le dimensioni di un aiuto di Stato, consentendole unicamente di disporre, ai fini delle sue valutazioni, di un punto di partenza che tenga conto delle condizioni in cui investitori privati hanno realizzato le operazioni più simili possibile. La conclusione raggiunta dalla Commissione in merito non la esonera, quindi, dal suo obbligo di effettuare un'analisi completa di tutti gli elementi rilevanti della transazione controversa e del suo contesto, compresa la situazione dell'impresa beneficiaria e del mercato considerato, per verificare se l'impresa beneficiaria abbia percepito un vantaggio economico che non avrebbe ottenuto in condizioni normali di mercato (v., in tal senso, sentenza WestLB, cit. supra, punto 7, punti 251 e 257).

99 Occorre esaminare gli argomenti delle parti quanto alle singole caratteristiche del conferimento controverso analizzando, anzitutto, quelli attinenti alle caratteristiche sulle quali la Commissione si è principalmente fondata per concludere che la remunerazione del conferimento controverso doveva essere paragonata a quella dei

conferimenti taciti a durata determinata, successivamente, quelli attinenti alle caratteristiche del conferimento controverso non dedotte nel corso della fase amministrativa del procedimento e non esaminate nella decisione impugnata. Occorrerà parimenti esaminare le censure del ricorrente quanto al periodo di riferimento assunto dalla Commissione nell'applicazione del criterio dell'investitore privato.

Sulle caratteristiche sulle quali la Commissione si è fondata per concludere che la remunerazione del conferimento controverso doveva essere paragonata a quella dei conferimenti taciti a durata determinata

— Rischio di perdita in caso di fallimento o di liquidazione

100 La Commissione ha ritenuto che il conferimento controverso presentasse le stesse caratteristiche, in caso di fallimento o di liquidazione, dei conferimenti taciti a durata determinata esistenti sul mercato in quanto, in una siffatta ipotesi, dev'essere rimborsato prioritariamente al capitale sociale. L'istituzione si è fondata a tal riguardo sulle disposizioni contrattuali nonché su una relazione peritale prodotta dalla Repubblica federale di Germania (punto 131 della decisione impugnata).

101 Le pertinenti disposizioni del contratto sono costituite dagli artt. 3 e 9. L'art. 3, concernente la «partecipazione alle perdite», prevede, al secondo comma, quanto segue:

«I rapporti tra i crediti dell'autore del conferimento e quelli degli altri investitori in fondi propri ai sensi dell'art. 10 del [Kreditwesengesetz] sono disciplinati in funzione dell'ordine cronologico dell'apporto dei capitali alla banca, ragion per cui godono di priorità i crediti risultanti da fondi propri conferiti precedentemente. In caso di conferimento simultaneo di capitali, i crediti sono soddisfatti secondo la quota di fondi propri di garanzia che essi rappresentano ai sensi dell'art. 10, commi 4 e 5, del

[Kreditwesengesetz]. Per i conferimenti ai sensi dell'art. 10, comma 4 del [Kreditwesengesetz], la data pertinente è quella di realizzazione del conferimento, mentre, in materia di diritti di godimento, la data pertinente è quella che segna l'inizio della durata della loro validità».

102 L'art. 9, relativo alla «inferiorità di rango», così dispone:

«In caso di fallimento o di liquidazione della banca, la restituzione del credito verrà effettuata — fatto salvo l'art. 3, secondo comma, (...) — solo a seguito del soddisfacimento di tutti i creditori della banca — esclusi gli investitori privati di rango inferiore, ai sensi dell'art. 10 del [Kreditwesengesetz]».

103 Nella relazione peritale prodotta dalla Repubblica federale di Germania si legge quanto segue:

«L'art. 3, secondo comma, del contratto nulla toglie alla priorità, prevista dalla legge, del rimborso del conferimento tacito su un eventuale patrimonio residuo in caso di fallimento o di liquidazione della banca. Ciò risulta, in primo luogo, dalla economia della disposizione che, nel suo secondo periodo, menziona unicamente il capitale proprio ai sensi dell'art. 10, commi 4 e 5, del [Kreditwesengesetz] e che, nel terzo periodo, definisce la data determinante dell'ordine cronologico ai fini di tale disposizione unicamente per il conferimento tacito ed i diritti di godimento.»

104 Il ricorrente deduce, in primo luogo, che, sebbene un conferimento tacito debba essere rimborsato, in linea di principio, prioritariamente rispetto al capitale sociale, la questione se ciò valga parimenti per quanto attiene al conferimento controverso resta aperta alla luce del tenore del contratto. Il ricorrente sostiene, inoltre, di non comprendere su quali elementi l'autore della perizia citata dalla Commissione si sia fondato per giungere alla conclusione, contraria al testo del contratto, secondo cui il conferimento controverso dovrebbe essere rimborsato prioritariamente rispetto al capitale sociale. Nella replica, il ricorrente afferma che, qualora i creditori che hanno concesso fondi propri di base siano stati soddisfatti, conformemente agli artt. 3,

secondo comma, e 9 del contratto, in base all'ordine cronologico dei loro apporti, il Land doveva muovere dal principio che sarebbe stato l'ultimo ad essere soddisfatto in caso di fallimento o di liquidazione della Helaba, non solo una volta soddisfatti tutti i creditori «normali», bensì parimenti successivamente a tutti gli investitori in fondi propri di base e, quindi, anche successivamente agli investitori nel capitale sociale.

105 A tal riguardo si deve rilevare, da un lato, che il contratto non prevede espressamente che il conferimento controverso debba essere rimborsato successivamente al capitale sociale e, dall'altro, che il riferimento ad «altri investitori in fondi propri ai sensi dell'art. 10 del [Kreditwesengesetz]», di cui al primo periodo dell'art. 3, secondo comma, del contratto, pone una difficoltà di interpretazione in ordine alla questione se la priorità dei crediti relativi ai capitali apportati anteriormente riguardi parimenti i conferimenti di capitale sociale.

106 Orbene, da un lato, si deve rilevare che il ricorrente, per quanto affermi, in taluni passaggi delle proprie difese, che il contratto prevede che il conferimento controverso debba essere rimborsato successivamente al capitale sociale, afferma parimenti, nel ricorso, che resta aperta la questione se la norma di diritto suppletivo — secondo cui i conferimenti taciti devono essere rimborsati prioritariamente rispetto al capitale sociale — sia applicabile al conferimento controverso. Dall'altro, nonostante il fatto che la relazione peritale menzionata dalla Commissione gli sia stata trasmessa su richiesta del Tribunale, il ricorrente non deduce argomenti diretti a contestare l'interpretazione dell'autore della perizia, secondo cui il riferimento ad «altri investitori in fondi propri ai sensi dell'articolo 10 del [Kreditwesengesetz]», di cui al primo periodo dell'art. 3, secondo comma, del contratto, dev'essere intesa alla luce del secondo e del terzo periodo della disposizione medesima, riguardanti i conferimenti taciti nonché i diritti di partecipazione e non il capitale sociale.

107 Ciò premesso, si deve necessariamente rilevare che gli argomenti del ricorrente non consentono di sostenere che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto, alla luce della relazione peritale prodotta dalla Repubblica federale di Germania, che il conferimento controverso dovesse essere rimborsato, in caso di fallimento o di liquidazione, prioritariamente rispetto al capitale sociale. La circostanza che il ricorrente interpreti il contratto in modo diverso da quello accolto dalla relazione peritale, dalla Commissione e dalle parti del conferimento controverso

non è, infatti, di per sé sufficiente a dimostrare l'esistenza di un manifesto errore di valutazione.

108 Il ricorrente fa valere, in secondo luogo, che, anche qualora il conferimento controverso dovesse essere rimborsato prioritariamente rispetto al capitale sociale, il rischio di perdita sarebbe analogo a quello del capitale sociale, atteso che, in pratica, in caso di fallimento i creditori di rango inferiore e gli investitori nel capitale sociale non ricevono nulla.

109 È sufficiente rilevare a tale riguardo che, anche ammesso che tutte le ipotesi di fallimento nel settore bancario implichino, tanto per i proprietari quanto per i creditori di rango inferiore, la perdita totale dei loro capitali, cosa che la Commissione e gli intervenienti contestano, tale caratteristica è comune a tutti i conferimenti taciti riconosciuti quali fondi propri di base, atteso che essi costituiscono tutti necessariamente crediti di rango inferiore. Conseguentemente, tale caratteristica del conferimento controverso, anche qualora fosse comune con il capitale sociale, non vale a distinguerlo dai conferimenti taciti riconosciuti quali fondi propri di base.

110 Ciò premesso, si deve ritenere che gli argomenti del ricorrente non consentono di affermare che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha considerato che il conferimento controverso presenti, in caso di fallimento o di liquidazione, gli stessi rischi dei conferimenti taciti.

— Profilo di redditività

111 La Commissione ha ritenuto che il conferimento controverso costituisca un conferimento tacito normale, considerato che il Land, al pari di un investitore in un conferimento tacito di durata determinata, percepisce, fintantoché l'impresa non subisca perdite, l'intera remunerazione convenuta, mentre l'investitore nel capitale sociale

ha unicamente diritto alla corresponsione di un dividendo proporzionale agli utili (punto 132 della decisione impugnata).

112 Il ricorrente contesta tale valutazione e fa valere che tanto la remunerazione fissa quanto la remunerazione variabile possono essere utilizzate per il capitale sociale e per i conferimenti taciti, potendo sia l'una sia l'altra rivelarsi più vantaggiosa a seconda delle risultanze di esercizio della banca. Il ricorrente osserva, a tale riguardo che, nella causa WestLB, la Commissione ha equiparato l'operazione de qua ad un investimento nel capitale sociale, nonostante che la remunerazione, nella specie, fosse fissa. Il ricorrente aggiunge che, in ogni caso, dal punto di vista dell'investitore la questione principale verte sull'accertamento se la corresponsione della remunerazione dipenda dalla realizzazione di utili. Esso ritiene che, nella specie, ciò avvenga, in quanto il Land riceve l'intera sua remunerazione solamente qualora gli utili della Helaba siano quantomeno pari alla remunerazione stessa e non risultino necessari ai fini della reintegrazione dei fondi propri.

113 Per quanto attiene, in primo luogo, al carattere fisso o variabile della remunerazione, si deve anzitutto rilevare che non si tratta, nella specie, di accertare quale sia più vantaggioso in una determinata situazione bensì di stabilire se la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che la circostanza che la remunerazione convenuta tra le parti sia una remunerazione fissa, da versarsi, in linea di principio, qualora la Helaba non subisca perdite, rende il conferimento controverso più assimilabile a conferimenti taciti a durata determinata che non al capitale sociale, atteso che tale modalità di remunerazione è tipica dei conferimenti taciti.

114 A tal riguardo la Helaba deduce giustamente che, anche nel caso in cui sia prevista una remunerazione fissa per il capitale sociale, gli utili reali che i proprietari della banca traggono dal proprio investimento sono sempre variabili. Infatti, qualora gli utili eccedenti la remunerazione fissa versata determinino un incremento delle provviste della banca, che devono essere distribuite in caso di liquidazione ovvero che influiscono positivamente sul valore delle azioni, gli utili dell'investitore nel capitale sociale andranno al di là della remunerazione ricevuta. Ciò premesso, l'importo finale non può essere previsto a priori, rendendo in tal modo variabile la remunerazione finale dell'investimento.

115 La Helaba sottolinea parimenti, senza essere contraddetta dal ricorrente, che, nello studio relativo ai fondi propri di base ibridi che il ricorrente stesso ha depositato, si precisa che i migliori fondi propri di base sono quelli sotto forma di capitale sociale, in quanto sono i soli che non danno luogo, segnatamente, ad obblighi di pagamento fissi.

116 Ne consegue che, sebbene, forse, ciò non avvenga sempre, è effettivamente usuale che i conferimenti taciti siano remunerati in maniera fissa e il capitale per mezzo di dividendi variabili. In ogni caso, mentre la remunerazione dei conferimenti taciti dev'essere versata obbligatoriamente non appena si verifichino le condizioni previste dal contratto, l'utilizzazione degli utili da parte dei proprietari può assumere forme differenti, quali il versamento nelle riserve o la distribuzione di utili, e dipende, in linea di principio, dalla loro volontà maggioritaria.

117 Tale conclusione non è inficiata dall'argomento del ricorrente relativo alla decisione WestLB del 1999. Da un lato, si deve rammentare che tale decisione è stata annullata dal Tribunale con la sentenza WestLB, cit. supra, punto 7. Dall'altro, considerato che l'argomento del ricorrente potrebbe essere inteso come riguardante la decisione WestLB del 2004, si deve osservare che il fatto che la Commissione abbia ritenuto che la remunerazione del capitale trasferito nell'operazione in esame dovesse essere paragonata alla remunerazione del capitale sociale non implica che il profilo di redditività di tale operazione sia tipico del capitale sociale, bensì unicamente che, nel quadro dell'esame globale dell'operazione, altri elementi depongano fortemente per tale assimilazione. A tale riguardo, la Commissione aveva dichiarato, in particolare, che il capitale trasferito veniva considerato come fondi propri di base, mentre gli strumenti proposti dalla Repubblica federale di Germania a titolo comparativo potevano essere utilizzati in Germania solamente come fondi propri complementari.

118 Per quanto attiene, in secondo luogo, all'argomento del ricorrente secondo cui, tanto nel caso del conferimento controverso quanto in quello del capitale sociale, la remunerazione dipenderebbe dalla sussistenza di utili, si deve rilevare che il fatto che la corresponsione della remunerazione, anche qualora sia fissa, dipenda dalla circostanza che la banca non registri deficit annuali e che tale corresponsione non dia luogo ad un deficit è comune a tutti i conferimenti taciti riconosciuti quali fondi propri di base,

come dettato dall'art. 10, comma 4, del Kreditwesengesetz. Conseguentemente, tale circostanza non è idonea a dimostrare che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che il conferimento controverso presentasse analogie con i conferimenti taciti riconosciuti quali fondi propri di base esistenti sul mercato.

119 Si deve peraltro necessariamente rilevare che l'importo degli di utili occorrente affinché la remunerazione del conferimento controverso, ovvero di altri conferimenti taciti, possa essere versata è minore di quello che deve essere conseguito affinché i proprietari della banca possano percepire dividendi. Infatti, la remunerazione dei conferimenti taciti costituisce, conformemente alla normativa tedesca, un onere di gestione che viene quindi versato a monte delle imposte e a monte della distribuzione degli utili. Ne consegue che è sufficiente che la banca consegua un'eccedenza di esercizio a monte delle imposte pari alla remunerazione dei conferimenti perché l'investitore percepisca l'intera remunerazione spettantegli. Per contro, affinché i proprietari percepiscano lo stesso importo sotto forma di dividendi, occorrerebbe, in linea di principio, che la banca realizzi un'eccedenza di esercizio a monte delle imposte pari alla somma della remunerazione dei conferimenti taciti, dell'importo delle imposte e dell'importo dei dividendi stessi.

120 L'argomento del ricorrente, dedotto in risposta ad un quesito del Tribunale all'udienza, secondo cui tale caratteristica non distinguerebbe effettivamente il conferimento controverso e i conferimenti taciti negoziati sul mercato rispetto al capitale sociale, potendo i proprietari far apparire utili distribuibili anche in caso di perdite di esercizio — in particolare riducendo le riserve —, si pone in contraddizione con l'argomento del ricorrente stesso secondo cui le modalità di versamento della remunerazione del conferimento controverso renderebbero quest'ultimo più assimilabile ad un investimento nel capitale sociale che non a conferimenti taciti emessi sul mercato. Infatti, mentre il versamento della remunerazione dei conferimenti taciti presuppone la sussistenza di un'eccedenza di esercizio, il versamento di dividendi può essere realizzato anche in caso di perdite di esercizio, facendo risultare un utile distribuibile.

121 Inoltre, mentre il versamento della remunerazione dei conferimenti taciti è obbligatorio dal momento in cui ricorrono le condizioni previste dal contratto, il versamento

di dividendi al termine di un esercizio che abbia dato luogo a perdite non è automatico, bensì implica l'approvazione da parte della maggioranza degli azionisti. Inoltre, come riconosciuto dal ricorrente all'udienza in risposta ad un quesito del Tribunale, il fatto che una banca che abbia registrato perdite di esercizio e non abbia corrisposto la remunerazione dei conferimenti taciti distribuisca dividendi nuocerebbe alla sua reputazione e alle possibilità di successo delle sue future emissioni.

122 Ciò premesso, si deve rilevare che il ricorrente non ha dimostrato che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che il profilo di redditività del conferimento controverso fosse caratteristico dei conferimenti taciti.

Sulle caratteristiche del conferimento controverso che, a parere della Commissione, non impediscono di paragonare la remunerazione del conferimento controverso a quella dei conferimenti taciti a durata determinata

123 La Commissione ha respinto gli argomenti del ricorrente relativi al volume del conferimento controverso, alla quota da questo rappresentata rispetto ai fondi propri di base della Helaba nonché alla sua natura permanente.

— Il volume

124 La Commissione ha ritenuto che la rilevanza del volume assoluto del conferimento controverso non implicasse necessariamente che dovesse essere qualificato come capitale sociale. L'istituzione si è infatti richiamata alla circostanza che, per effetto del modello progressivo, nel periodo compreso tra il 1999 e il 2002, la Helaba poteva utilizzare, al fine di garantire le proprie operazioni commerciali, solo una parte dei fondi trasferiti. Essa ha inoltre respinto il raffronto con la causa WestLB sulla base del rilievo

che, in tale controversia, la rilevanza del volume dell'iniezione di capitale costituiva unicamente uno dei tanti indici che consentivano l'assimilazione al capitale sociale. La Commissione afferma al riguardo di aver parimenti tenuto conto, in particolare, del fatto che i fondi erano pienamente soggetti al rischio di perdita in caso di fallimento o di liquidazione nonché il fatto che il mercato degli strumenti ibridi di capitale proprio in Germania non era ancora sviluppato (punto 133 della decisione impugnata).

125 Il ricorrente fa valere che, dal punto di vista dell'investitore, occorre distinguere due aspetti, vale a dire l'importo totale dell'emissione e la rilevanza della quota di emissione imputabile a ogni singolo investitore. Il ricorrente censura il fatto che la Commissione non abbia proceduto a tale distinzione.

126 Per quanto attiene, in primo luogo, all'importo complessivo dell'emissione, il ricorrente contesta anzitutto i motivi dedotti dalla Commissione per affermare che, ancorché la rilevanza del volume dell'emissione sia stata presa in considerazione nella causa WestLB quale indice di analogia con il capitale sociale, la rilevanza del volume del conferimento controverso non implicherebbe nella specie, tale qualificazione. Il ricorrente rammenta quindi che, a suo parere, il conferimento controverso partecipa, da un punto di vista economico, pienamente al rischio di perdita in caso di fallimento o di liquidazione e osserva che un mercato dei capitali nell'ambito del quale un investitore privato avrebbe effettuato un investimento nella Helaba quale il conferimento controverso non è mai esistito, né nel 1998 né successivamente. Il ricorrente deduce che tanto la Commissione, nella propria decisione WestLB del 1999, quanto il Tribunale, nella propria sentenza WestLB, cit. supra, punto 7, hanno attribuito, nella qualificazione dell'operazione, notevole importanza all'elevato volume del conferimento di fondi. Esso ritiene che il fatto che il volume del conferimento controverso sia particolarmente elevato e rivesta, quindi, notevole importanza nella specie risulti confermato dal raffronto con le operazioni menzionate dalla Commissione nel punto 164 della decisione impugnata ma anche dal fatto che il conferimento controverso rappresenti il 25% del volume complessivo europeo di strumenti ibridi di capitali propri di base nel 1998.

127 In secondo luogo, il ricorrente ritiene che la giustificazione della Commissione relativa al modello progressivo non possa trovare accoglimento, considerato che un investitore privato non lo avrebbe accettato e che è erroneo pensare che tale sistema

corrispondesse a cinque conferimenti di minore entità, atteso che, da un lato, è stato immediatamente riconosciuto che l'intero conferimento controverso costituiva fondi propri di base della Helaba e che, dall'altro, nel caso di conferimenti versati in momenti diversi, le modalità di ogni singolo conferimento varierebbero, laddove, nella specie, l'intero conferimento è soggetto a modalità uniformi.

128 Per quanto riguarda, anzitutto, il raffronto con la causa WestLB, si deve rammentare che la decisione WestLB del 1999, sulla quale si fonda il ricorrente, è stata annullata dal Tribunale. Inoltre, se è pur vero che, nella propria decisione WestLB del 2004, adottata a seguito del detto annullamento e menzionata al punto 133 della decisione impugnata, la Commissione ha tenuto conto della rilevanza del volume del capitale trasferito nell'assimilazione del trasferimento ivi in oggetto al capitale sociale, essa non si è fondata sul volume in termini assoluti dell'operazione, bensì sulla quota di fondi propri di base della WestLB rappresentata dal capitale de quo, nonché, in modo decisivo, sul fatto che, alla data di realizzazione di tale operazione, gli strumenti ibridi di capitali propri non rappresentavano più del 20% dei fondi propri, non essendo considerati in Germania quali fondi propri di base e non essendo tutti emessi senza limitazioni temporali (punti 204, 206, 208 e 209 della decisione WestLB del 2004).

129 Per contro, per quanto attiene al conferimento controverso, il suo importo (1,264 miliardi di euro), ancorché sia superiore a quello delle operazioni richiamate dalla Commissione a titolo di raffronto, è ancora molto lontano dal volume dell'operazione oggetto della causa WestLB (3,02 miliardi di euro iscritti a bilancio, di cui 2,05 miliardi riconosciuti quali fondi propri di base) (punti 54 e 71 della decisione WestLB del 2004). Peraltro, come sottolineato dalla Commissione, il conferimento controverso è stato concesso alla fine del 1998, mentre quello oggetto della causa WestLB risaliva al 1991. Orbene, è pacifico che, alla fine del 1998, gli strumenti ibridi di capitali propri potevano essere già considerati, alla luce della normativa tedesca, quali fondi propri di base e non solo quali fondi propri complementari, potevano essere emessi per una durata indeterminata e potevano rappresentare — sempreché rispondenti ai requisiti fissati nella dichiarazione di Sydney — una quota importante dei fondi propri di base di una banca.

130 Dev'essere parimenti respinto l'argomento del ricorrente secondo cui il Tribunale, nella propria sentenza WestLB, cit. supra, punto 7, avrebbe attribuito importanza notevole al criterio del volume dell'investimento. Nella detta sentenza, infatti, il Tribunale ha rilevato che la Commissione aveva spiegato i motivi per i quali riteneva che le differenze tra gli strumenti ibridi di capitali propri e l'operazione controversa fossero tali da far sì che il raffronto tra quest'ultima e i detti strumenti presentasse solo valore limitato, affermando che, in particolare, la Commissione aveva richiamato l'attenzione sul fatto che gli strumenti ibridi di capitali propri invocati dalle ricorrenti nella causa de qua costituivano generalmente solo una piccola parte dei fondi propri di una banca, contrariamente ai fondi trasferiti alla WestLB. Il Tribunale si è così limitato a verificare che il ragionamento della Commissione non risultasse viziato, nella specie, da manifesto errore di valutazione, senza affermare che il criterio della rilevanza del volume dei fondi trasferiti fosse sempre determinate. Il Tribunale ha peraltro ricordato che, nell'ambito di tale determinazione, la Commissione dispone di un ampio potere discrezionale (v. sentenza WestLB, cit. supra, punto 7, punti 350 e 351).

131 Per quanto attiene, inoltre, alla giustificazione fatta valere dalla Commissione secondo cui, quale conseguenza del modello progressivo, la Helaba avrebbe potuto utilizzare, nel periodo compreso tra il 1999 ed il 2002, solo una parte dei fondi trasferiti al fine di garantire le proprie attività commerciali, si deve rammentare che è stato già affermato supra, ai punti 58-73, che la Commissione, accettando tale modello progressivo, non era incorsa in un manifesto errore di valutazione. Peraltro, pur essendo vero, come osserva il ricorrente, che tutto il conferimento è stato iscritto nel bilancio della Helaba sin dal giorno della sua effettuazione, resta il fatto che la parte eccedente le tranches annuali previste dal modello progressivo, al pari della parte diretta a garantire le attività di aiuto alla promozione dell'edilizia residenziale, è stata ritenuta dalla Commissione come volta unicamente ad assolvere una funzione di garanzia e non di espansione delle attività commerciali e che, conseguentemente, la sua remunerazione è stata fissata in funzione di quella che un investitore privato avrebbe preteso per una garanzia e non in funzione della remunerazione che l'investitore medesimo avrebbe preteso per un conferimento tacito che consentisse alla banca l'espansione delle proprie attività commerciali. Considerato che i conferimenti taciti permettono un'immediata espansione delle attività commerciali, la Commissione poteva ben ritenere, senza incorrere in un manifesto errore di valutazione, che, sulla base del modello progressivo, il conferimento controverso non equivalesse ad un conferimento tacito di 1,2 miliardi di euro che consentisse alla Helaba l'espansione immediata delle proprie attività, bensì a una serie di cinque conferimenti taciti di un volume compreso tra 180 e 380 milioni di euro.

132 Tale conclusione non può essere inficiata dall'argomento del ricorrente secondo cui, nel caso di conferimenti versati in momenti differenti, le condizioni di ogni singolo conferimento risulterebbero differenti, mentre il conferimento controverso sarebbe soggetto a condizioni uniformi. Infatti, si deve necessariamente rilevare che il ricorrente non spiega i motivi per i quali le condizioni applicabili a cinque conferimenti effettuati in successione sarebbero necessariamente differenti.

133 Per quanto attiene, in secondo luogo, alla quota dell'emissione imputabile ad ogni singolo investitore, il ricorrente sostiene che il fatto che l'emissione non sia ripartita tra un determinato numero di investitori, essendo stata invece sottoscritta da un solo investitore, sia parimenti inusuale. A tal riguardo, il ricorrente afferma che il rischio sostenuto da un investitore aumenta progressivamente con la rilevanza del capitale conferito tanto in termini assoluti quanto in termini di raffronto con il rischio sostenuto da altri operatori che realizzino investimenti meno rilevanti. Ciò premesso, il conferimento controverso, realizzato da un solo ed unico investitore, si accosterebbe, a parere del ricorrente, ad un investimento nel capitale sociale.

134 A tale riguardo, è sufficiente rilevare che il ricorrente non deduce il minimo elemento che consenta di ritenere usuale il fatto che la remunerazione di un investitore che sottoscriva una quota di un conferimento tacito varii secondo l'importanza di tale quota rispetto all'emissione complessiva, in modo tale che gli investitori che abbiano sottoscritto volumi maggiori percepiscano una remunerazione più elevata rispetto agli altri. Inoltre, nelle operazioni utilizzate dalla Commissione nella decisione impugnata a titolo di raffronto si fa unicamente menzione di un tasso di remunerazione, poiché nulla consente di supporre che gli investitori che abbiano investito di più abbiano percepito una remunerazione più elevata. Il ricorrente non spiega, peraltro, in qual misura l'aumento del rischio sostenuto dal Land per effetto della scelta di non dividere il fondo speciale renderebbe l'investimento assimilabile ad un investimento nel capitale sociale di una banca, atteso che quest'ultimo investimento non è necessariamente caratterizzato dalla sua rilevanza e che il detentore del capitale sociale può sottoscrivere un volume più elevato tanto in termini assoluti quanto proporzionalmente al capitale complessivo.

135 Ciò premesso, si deve ritenere che gli argomenti del ricorrente non consentono di affermare che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione

laddove ha considerato che il volume del conferimento controverso non impedisse di ritenere il medesimo più assimilabile ai conferimenti taciti emessi sul mercato che non al capitale sociale.

— Margine di capitale sociale

136 La Commissione ha ritenuto che l'esiguità del margine di capitale sociale non le consentisse di escludere che un investitore privato avrebbe realizzato un investimento analogo al conferimento controverso sotto forma di conferimento tacito. A tale riguardo essa si è fondata sul rilievo che le Landesbanken, non potendo raccogliere, in quanto istituti di diritto pubblico, capitale sociale sui mercati finanziari, utilizzano conferimenti taciti in misura maggiore rispetto alle banche private. L'istituzione ha fatto presente che gli investitori, tra cui taluni privati, sarebbero maggiormente disposti, nel caso delle Landesbanken, ad accettare un margine di capitale sociale più ridotto, in quanto la loro struttura di rischio sarebbe meno elevata (punto 134 della decisione impugnata).

137 Il ricorrente fa valere che la Commissione, sebbene richiami il fatto che il margine di capitale sociale sia meno elevato nella specie rispetto alle banche private, trascura la circostanza che il conferimento controverso presenta quattro caratteristiche che gli attribuiscono una qualità di garanzia particolare e che lo fanno risultare come uno strumento — simile al capitale sociale — per assicurare stabilmente la base di capitale della Helaba. Il ricorrente censura, inoltre, la valutazione della Commissione secondo cui l'esiguità del margine di capitale sociale non consentirebbe di escludere che un investitore privato avrebbe realizzato un investimento analogo sotto forma di conferimento tacito.

138 Per quanto attiene, da un lato, alle quattro caratteristiche del conferimento controverso che gli attribuirebbero la qualità di garanzia particolare, il ricorrente menziona, in primo luogo, il fatto che tale conferimento rappresenti una quota anormalmente elevata dei fondi propri della Helaba, vale a dire il 40%. In secondo luogo, rileva che tale quota elevata di fondi propri della Helaba è stata sottoscritta da un solo investitore

laddove, nei conferimenti taciti utilizzati dalla Commissione a titolo di raffronto, nessun investitore individuale ha superato la quota dell'1%. Il margine di capitale sociale per l'investitore sarebbe pertanto del 99% nel caso dei conferimenti taciti utilizzati a titolo di raffronto e del 60% nel caso del conferimento controverso. In terzo luogo, il ricorrente sottolinea che l'intero conferimento è stato considerato costituito da fondi propri di base e non solo da fondi propri. In quarto luogo, rileva che l'intero apporto è stato considerato costituito da fondi propri di base della Helaba e non solo da fondi propri di base del gruppo al quale quest'ultima appartiene, consentendo in tal modo alla Helaba una maggiore flessibilità quanto alla sua utilizzazione, con la conseguenza che un investitore privato avrebbe preteso una maggiorazione della sua remunerazione.

139 A tal riguardo, si deve necessariamente rilevare, anzitutto, che il conferimento controverso rappresenta da solo una parte effettivamente molto rilevante dei fondi propri della Helaba, mentre i conferimenti taciti a durata determinata non possono superare, conformemente alla dichiarazione di Sydney, il 15% dei fondi propri di base. Si tratta indiscutibilmente di una differenza tra il conferimento controverso e i conferimenti taciti a durata determinata.

140 Per quanto attiene, poi, al fatto che il conferimento controverso è stato sottoscritto da un investitore unico che risulta, conseguentemente, detentore del 40% dei fondi propri della Helaba, si deve ritenere che tale circostanza non sia idonea a trasformare, da un punto di vista economico, un conferimento tacito in capitale sociale, così come il fatto che un investitore detenga una quota infima di capitale sociale non produce l'effetto di togliere al suo investimento la sua natura di investimento nel capitale sociale.

141 Certamente, la quota di fondi propri detenuta dall'investitore condiziona la sua esposizione ai rischi, senza peraltro incidere sulla natura di tale rischio né sulla qualificazione economica degli investimenti effettuati. In tal senso, le caratteristiche essenziali che distinguono i conferimenti taciti dal capitale sociale, vale a dire il rango in caso di fallimento o di liquidazione, le modalità di versamento di una remunerazione e i vantaggi o gli inconvenienti connessi, per la banca, al ricorso all'una o all'altra di tali tecniche, restano le stesse, a prescindere dall'importo dell'investimento individuale.

142 Quanto al fatto che sia stato ritenuto che il conferimento controverso costituisse fondi propri di base della Helaba e non del suo gruppo, si deve rilevare che la Commissione e gli intervenienti non hanno contestato che si trattasse effettivamente di una peculiarità del conferimento controverso. Tuttavia, il fatto, invocato dal ricorrente, che tale qualificazione conferisca alla Helaba una flessibilità maggiore nell'utilizzazione dei fondi non consente di individuare un fattore che aumenti il profilo di rischio del conferimento controverso rispetto ai conferimenti taciti, assimilandolo in tal modo al capitale sociale.

143 Infine, quanto al fatto che il conferimento controverso sia stato considerato interamente come fondi propri di base, si deve osservare che il ricorrente si limita a menzionare tale caratteristica senza sviluppare la propria tesi. Poiché essa costituisce la conseguenza del fatto che il conferimento controverso sia stato concepito quale «perpetual» senza clausola di maggiorazione degli interessi (in prosieguo: la «clausola di step-up»), si deve rinviare al giudizio del Tribunale relativo al carattere permanente del conferimento controverso (v. infra, punti 150-154).

144 Per quanto attiene, da un lato, alla valutazione della Commissione secondo cui l'esiguità del margine di capitale sociale non le consentirebbe di escludere che un investitore istituzionale privato avrebbe realizzato un investimento analogo al conferimento controverso sotto forma di conferimento tacito, il ricorrente sostiene che il fatto che le Landesbanken ricorrano più spesso a conferimenti taciti non implica che gli investitori rinuncino ad una remunerazione adeguata. Esso aggiunge che tali conferimenti taciti erano, in ogni caso, sottoscritti dai loro proprietari, investitori pubblici, e non da investitori privati, ragion per cui la Commissione non poteva farvi riferimento a titolo di raffronto. Quanto all'affermazione della Commissione secondo cui gli investitori sarebbero maggiormente disposti ad accettare un margine di capitale più ridotto nel caso delle Landesbanken in quanto la loro struttura di rischio sarebbe meno elevata, il ricorrente deduce che il raffronto tra il «rating» delle Landesbanken e quello delle banche private dimostra che la struttura di rischio delle prime non è meno elevata.

145 Si deve rilevare che, come osserva il ricorrente, la questione non è quella di accertare se il conferimento controverso potesse essere messo sul mercato malgrado l'esistenza di un margine di capitale sociale pari solo al 60%, bensì se tale circostanza renda il

conferimento controverso più simile, riguardo al suo profilo di rischio, ai conferimenti taciti a durata determinata o al capitale sociale e esiga una remunerazione maggiore.

146 A tal riguardo, si deve osservare che dagli atti di causa emerge che, prima della dichiarazione di Sydney, i conferimenti taciti rappresentavano solo una piccola parte dei fondi propri di base delle banche. Solo a seguito di tale dichiarazione, nell'ottobre del 1998, è stato chiarito che gli strumenti ibridi di capitale proprio potevano essere considerati quali fondi propri di base al di là del limite del 15% e sono state precisate le condizioni di tale riconoscimento. È quindi legittimo supporre che, nel momento in cui le parti, nel dicembre del 1998, hanno infine raggiunto un'intesa sul conferimento controverso, le conseguenze della dichiarazione di Sydney sulla percentuale di fondi propri di base raccolti tramite strumenti ibridi di capitali propri e, quindi, sul margine di capitale sociale non si fossero ancora manifestate sul mercato.

147 Orbene, dalla decisione impugnata (punti 129 e 134) emerge che, successivamente, tanto le banche private quanto le Landesbanken hanno aumentato, nei loro fondi propri di base, la quota di strumenti ibridi di capitale proprio, essendo tale aumento particolarmente rilevante nel caso delle Landesbanken. Dalla decisione impugnata emerge parimenti (punti 179 e 180) che gli strumenti ibridi di capitale proprio emessi dalle banche successivamente alla dichiarazione di Sydney e conformi alle condizioni indicate da quest'ultima per poter essere riconosciuti come fondi propri di base al di là del tetto del 15% non sono stati remunerati con un tasso molto più elevato rispetto ai conferimenti taciti emessi in precedenza. Infine, dalla decisione impugnata (punto 134) nonché dalla risposta della Commissione ad un quesito scritto del Tribunale risulta che, tra gli investitori che hanno sottoscritto conferimenti taciti emessi dalle Landesbanken, figuravano investitori privati che non avevano preteso una remunerazione maggiore dei conferimenti in considerazione dell'esiguità del margine di capitale sociale di tali banche.

148 Ciò premesso, la tesi del ricorrente non consente di ritenere che, per quanto attiene all'esiguità del margine di capitale sociale, il profilo di rischio del conferimento controverso fosse, dal punto di vista economico, analogo a quello del capitale sociale.

149 Alla luce delle suesposte considerazioni, non occorre esaminare le censure del ricorrente riguardo all'affermazione della Commissione secondo cui gli investitori sarebbero maggiormente disposti ad accettare un margine di capitale sociale più ridotto nel caso delle Landesbanken in considerazione del fatto che la loro struttura di rischio sarebbe meno elevata. Infatti, le ragioni per le quali gli investitori sarebbero maggiormente disposti ad accettare un margine di capitale sociale più ridotto nel caso delle Landesbanken risultano irrilevanti nella specie, essendo dimostrato che l'esistenza di un margine di capitale sociale ridotto non impedisce agli investitori privati di sottoscrivere conferimenti taciti delle Landesbanken né li induce a pretendere una remunerazione superiore a quella dei conferimenti taciti emessi da banche con un margine di capitale sociale più elevato.

— Carattere permanente del conferimento e assenza di possibilità di cessione

150 Nella decisione impugnata, la Commissione ha sostanzialmente ritenuto che il carattere permanente del conferimento e l'assenza di possibilità di cessione non giustificassero il fatto che la remunerazione del conferimento controverso venisse paragonata alla remunerazione del capitale sociale piuttosto che a quella dei conferimenti taciti a durata determinata e che l'incidenza di tale caratteristica dovesse essere esaminata nell'ambito del calcolo della remunerazione adeguata. L'istituzione ha motivato tale valutazione facendo presente che il carattere permanente del conferimento controverso implicava principalmente il rischio per l'investitore di non poter beneficiare di eventuali aumenti dei tassi di interesse sul mercato, restando peraltro ininfluente sul livello di rischio di perdita in caso di fallimento o di liquidazione (punto 138 della decisione impugnata).

151 Il ricorrente deduce che il fattore che aumenta il profilo di rischio del conferimento controverso rispetto ai conferimenti taciti emessi sul mercato non è costituito dalla sua durata indeterminata, bensì dal fatto che il Land non può disinvestire, in quanto tale conferimento non è fungibile, e che il Land stesso non può trasferire i propri diritti a terzi senza l'accordo della Helaba. Per contro, i «perpetuals» emessi sul mercato sarebbero quotati in borsa, ragion per cui l'investitore potrebbe disinvestire in qualsiasi momento e non sarebbe vincolato alla banca a tempo indeterminato. Nella replica il ricorrente censura il fatto che la Commissione consideri, a suo parere, la

permanenza e la fungibilità come se questi due aspetti non presentassero nessuna interrelazione, mentre il profilo di rischio del conferimento controverso risulterebbe dall'interazione tra queste due caratteristiche, il che produrrebbe la conseguenza di rendere il disinvestimento impossibile per il Land. Il ricorrente contesta, inoltre, gli argomenti della Commissione secondo cui la fungibilità non sarebbe esclusa, bensì solo ridotta.

152 Si deve rilevare che le parti hanno confermato all'udienza, in risposta ad un quesito del Tribunale, che esistono conferimenti taciti conclusi, come nella specie, direttamente tra la banca emittente e gli investitori, che non sono quotati in borsa. Ne consegue che la fungibilità derivante dalla quotazione in borsa di un conferimento non è una caratteristica di tutti i conferimenti taciti sottoscritti da investitori privati. Dagli atti di causa non emerge, tuttavia, che i conferimenti negoziati direttamente vengano remunerati ad un tasso maggiore rispetto a quelli quotati in borsa.

153 In ogni caso, si deve osservare che il conferimento controverso si distingue, a tale riguardo, anche dagli investimenti nel capitale sociale considerato che, come dedotto dal ricorrente nel corso della fase amministrativa del procedimento precedente l'adozione della decisione impugnata (punto 68 della decisione impugnata), il socio, quantomeno delle società per azioni quali le banche tedesche che hanno emesso i conferimenti utilizzati dalla Commissione a titolo di riferimento, può vendere liberamente il proprio investimento in qualsiasi momento.

154 Ne consegue che, anche ammesso che l'investimento del Land non sia fungibile e che ciò aumenti il rischio di perdita in caso di fallimento o di liquidazione rispetto ai conferimenti taciti, tale circostanza differenzia il conferimento controverso anche da un investimento nel capitale sociale delle banche che hanno emesso i conferimenti utilizzati dalla Commissione a titolo di riferimento, e non implica che l'istituzione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che il conferimento controverso dovesse essere paragonato ad altri conferimenti taciti emessi sul mercato, e non al capitale sociale, sempre tenendo conto, sulla base delle maggiorazioni

necessarie tra cui, segnatamente, quella relativa al carattere permanente, delle sue peculiarità.

Caratteristiche del conferimento controverso non invocate nel corso della fase amministrativa del procedimento e non esaminate nella decisione impugnata

155 Il ricorrente sostiene che il conferimento controverso comporti un rilevante rischio di perdita riguardo tanto alla remunerazione quanto ai fondi conferiti e ciò anche al di fuori dell'ipotesi, esaminata supra, di una liquidazione o di un fallimento. A tal riguardo, il ricorrente fa riferimento al fatto che il conferimento controverso partecipi alle perdite di esercizio della Helaba, nonché ai rischi gravanti sul Land di non percepire la remunerazione in caso di perdita di esercizio della Helaba e di non poter recuperare i fondi conferiti tramite restituzione.

156 Per quanto attiene alla partecipazione alle perdite di esercizio della Helaba, il ricorrente sostiene che il conferimento controverso partecipi, da un punto di vista economico, alle dette perdite allo stesso modo del capitale sociale, considerato che, a termini dell'art. 3, n. 1, e dell'art. 8, n. 1, del contratto, il conferimento partecipa integralmente ad un'eventuale perdita di esercizio della Helaba e che le eventuali perdite restringono il diritto al rimborso del Land in caso di risoluzione del contratto. Il ricorrente aggiunge che il fatto che la partecipazione alle perdite sia tipica di tutti i conferimenti taciti resta irrilevante, considerato che tale circostanza dev'essere valutata nell'ambito di tutte le caratteristiche economiche del conferimento controverso. Esso ritiene, inoltre, che, il fatto che, a termini dell'art. 4, del contratto (clausola di miglior esito), in caso di perdita, eventuali utili futuri debbano essere destinati alla ricostituzione del conferimento, non ponga il Land in una situazione più favorevole di quella di un azionista, in quanto, a differenza di quest'ultimo, non beneficia dell'aumento del valore dell'impresa.

157 A tal riguardo si deve rilevare che, se è vero che la partecipazione alle perdite accosta il conferimento controverso al capitale sociale, ragion per cui il BAKred lo ha

riconosciuto come fondi propri di base della Helaba, tuttavia l'ente medesimo non lo distingue da altri conferimenti taciti parimenti riconosciuti quali fondi propri di base.

158 È certamente corretto che, nella specie, l'entità della riduzione del conferimento per effetto di perdite della Helaba risulterà maggiore rispetto ai conferimenti utilizzati dalla Commissione a titolo di raffronto. Tale circostanza, costituendo tuttavia la conseguenza del fatto che il conferimento controverso rappresenta una quota più rilevante di fondi propri di base della Helaba rispetto ad altri conferimenti nei fondi propri delle banche emittenti, non costituisce una caratteristica del conferimento controverso distinta da quella del proprio volume rispetto ai fondi propri di base complessivi della Helaba (v. supra, punti 136-149).

159 Per quanto attiene alla clausola di miglior esito prevista dall'art. 4 del contratto (v. supra, punto 156), è sufficiente rilevare che, se è possibile, come sostiene il ricorrente, che essa non avvantaggi necessariamente il Land rispetto ad un investitore nel capitale sociale, atteso che la questione dell'individuazione dell'investimento più vantaggioso dipende dalle circostanze di ogni singolo esercizio, si deve necessariamente osservare, in ogni caso, che essa le distingue e rende quindi il conferimento controverso più simile ai conferimenti taciti — che possono prevedere una clausola di tal genere — che non al capitale sociale.

160 Ciò premesso, la partecipazione alle perdite del conferimento controverso non può essere idonea a dimostrare che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha paragonato la remunerazione del conferimento controverso a quella dei conferimenti taciti a durata determinata.

161 Quanto al rischio corso dal Land di non percepire la remunerazione in caso di perdita di esercizio della Helaba, il ricorrente deduce che la remunerazione spettante al Land costituisce una parte rilevante degli utili della Helaba e che, conseguentemente, sussiste un forte rischio che il Land non la percepisca. Il ricorrente sostiene a tal riguardo

che la remunerazione spettante al Land costituisca una parte degli utili della Helaba nell'anno del conferimento controverso ben più rilevante di quella rappresentata dalla remunerazione dei conferimenti emessi dalle banche private, negli utili delle medesime, utilizzati come riferimento nella decisione impugnata.

162 Quanto al rischio corso dal Land di non poter recuperare i fondi conferiti mediante restituzione, il ricorrente fa valere che, alla luce della rilevanza quantitativa del conferimento controverso nei fondi propri di base della Helaba, quest'ultima non sarà in grado di restituire il conferimento al Land, in quanto i suoi utili non le consentirebbero di rimpiazzare i fondi propri di base che verrebbero meno in tale occasione.

163 Si deve rilevare che queste due caratteristiche del conferimento controverso costituiscono, in sostanza, la conseguenza del fatto che tale conferimento rappresenta una quota dei fondi propri di base della Helaba più elevata rispetto a quella rappresentata dalle operazioni di riferimento nei fondi propri di base delle banche. Come già ritenuto in ordine alla partecipazione alle perdite (v. supra, punto 158), non occorre esaminare queste due caratteristiche autonomamente. Inoltre, quanto alla quota di utili della Helaba nel 1998 in cui consisterebbe la remunerazione del Land, si deve necessariamente rilevare, da un lato, che il ricorrente non tiene conto del fatto che, conformemente al modello progressivo, la Helaba è tenuta a remunerare l'intero conferimento controverso — ad esclusione della parte necessaria per garantire le attività di sostegno all'edilizia residenziale — a un tasso dell'1,4% solo a decorrere dal 2003 e, dall'altro, che esso utilizza, ai fini del suo raffronto, gli utili al netto delle imposte realizzati dalla Helaba nel 1998 e non l'eccedenza di esercizio al lordo delle imposte, laddove non è contestato che, atteso che il conferimento controverso rappresenta un conferimento tacito, la sua remunerazione costituisce, conformemente alla normativa tedesca, un costo di esercizio che dev'essere assolto prima dell'applicazione delle imposte.

164 Ne consegue che gli argomenti del ricorrente quanto ai rischi corsi dal Land di non percepire la remunerazione in caso di perdita di esercizio della Helaba e di non poter recuperare i fondi conferiti mediante restituzione non consentono di ritenere che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha paragonato

la remunerazione del conferimento controverso con quella dei conferimenti taciti a durata determinata.

Sulla situazione del mercato al momento dell'integrazione del conferimento controverso

165 Da un lato, il ricorrente deduce che la Commissione ha erroneamente applicato il criterio dell'investitore privato non collocandosi, ai fini della qualificazione economica del conferimento controverso, alla data della sua concessione, vale a dire il 31 dicembre 1998.

166 Il ricorrente osserva a tal riguardo che, al punto 129 della decisione impugnata, la Commissione fa riferimento alla prassi delle banche private descritta dalla Repubblica federale di Germania, riassunta ai punti 96-99 della decisione medesima. In tali punti, la Commissione farebbe presente che la Repubblica federale di Germania aveva precisato, in primo luogo, che, solo pochi mesi dopo la Helaba, la Deutsche Bank aveva raccolto un «perpetual» sul mercato dei capitali, in secondo luogo, che, già nel 1999, il mercato non attribuiva importanza determinante alla distinzione tra strumenti di capitale a durata limitata e strumenti a durata illimitata e, in terzo luogo, che l'affermazione del ricorrente secondo cui, per grandi volumi, sarebbe possibile ricorrere solo al capitale sociale risultava contraddetta dall'ordine di grandezza dei conferimenti taciti raccolti da istituti di credito privati sul mercato dei capitali tanto negli anni 1998 e 1999 quanto successivamente. Il ricorrente osserva, inoltre, che la tabella riportata al punto 101 della decisione impugnata illustra l'andamento della quota dei fondi propri di base di tre banche private costituita da fondi propri ibridi nel periodo compreso tra il 1998 ed il 2003. Il ricorrente sostiene che la Commissione, facendo riferimento alla prassi delle banche tedesche come esposta dalla Repubblica federale di Germania, si sia fondata su informazioni disponibili solo negli anni successivi al conferimento controverso.

167 Il ricorrente aggiunge che, alla fine del 1998, il Land non poteva prevedere le successive evoluzioni che sarebbero intervenute sul mercato dei capitali per quanto attiene ai conferimenti taciti e ai «perpetuals». Esso deduce che, conseguentemente, la Commissione doveva prendere in considerazione, ai fini della qualificazione economica

del conferimento controverso, unicamente la situazione di mercato quale si presentava nel 1998 e non le successive evoluzioni del mercato dei capitali sconosciute al momento della realizzazione del conferimento controverso.

168 Si deve rammentare che, conformemente alla giurisprudenza, il raffronto tra il comportamento degli investitori pubblici e quello degli investitori privati dev'essere operato rispetto al comportamento che un investitore privato avrebbe tenuto nell'operazione di cui trattasi, in considerazione delle informazioni disponibili e degli sviluppi prevedibili in quel momento (sentenze del Tribunale 30 aprile 1998, causa T-16/96, Cityflyer Express/Commissione, Racc. pag. II-757, punto 76, e WestLB, cit. supra al punto 7, punto 246).

169 Nella specie, si deve anzitutto rilevare che il riferimento della Commissione, nel punto 129 della decisione impugnata, alla prassi delle banche tedesche è unicamente volto ad avvalorare la sua interpretazione della dichiarazione di Sydney secondo la quale questa non consentirebbe di concludere che strumenti finanziari innovativi permanenti non possano in alcun caso essere riconosciuti come fondi propri di base ovvero che ricadano parimenti nel massimale del 15% di fondi propri di base. La Commissione fa quindi riferimento a tale prassi dichiarandosi a favore della possibilità di utilizzare, quali fondi propri, strumenti finanziari innovativi permanenti al di là del massimale del 15%. La Commissione non fonda, conseguentemente, le sue valutazioni su tali operazioni successive al conferimento controverso, bensì utilizza le operazioni medesime al solo fine di avvalorare la propria interpretazione della dichiarazione di Sydney.

170 In ogni caso, si deve necessariamente rilevare che il ricorrente non spiega i motivi per i quali l'evoluzione del mercato successiva alla dichiarazione di Sydney non fosse prevedibile per il Land e per la Helaba al momento dell'accordo sul conferimento controverso. Tale spiegazione risulterebbe tanto più necessaria in quanto dalla decisione impugnata emerge che tale evoluzione del mercato ha confermato la posizione espressa dalle parti riguardo al conferimento controverso secondo cui, da un lato, i «perpetuals» non avrebbero dovuto essere remunerati con riferimento al capitale

sociale e, dall'altro, la rilevanza del margine di capitale sociale non inciderebbe sul livello della remunerazione.

171 D'altro canto, il ricorrente contesta che, al momento del conferimento controverso, esistesse in Germania un mercato sviluppato di strumenti ibridi di capitali propri sul quale la Helaba potesse emettere un conferimento come quello controverso. Il ricorrente sostiene pertanto che un «perpetual» senza clausola di step-up quale il conferimento controverso non avrebbe potuto essere emesso nel 1998 per investitori istituzionali quali il Land. Solo a partire dal 2004 gli investitori istituzionali avrebbero accettato di sottoscrivere «perpetuals». Inoltre, tali «perpetuals» avrebbero riguardato un volume meno rilevante e sarebbero stati quotati in borsa. Peraltro, il conferimento controverso non avrebbe potuto essere nemmeno emesso successivamente in considerazione del suo volume, essendo stato sottoscritto da un solo investitore, e riconosciuto come fondi propri di base a concorrenza del suo intero importo, e ciò a livello della Helaba e non del gruppo cui essa appartiene.

172 Il ricorrente sostiene che la Commissione ignori tale circostanza affermando che la Helaba avrebbe potuto raccogliere i fondi emettendo più tranches di minore entità. A tale riguardo, esso deduce, segnatamente, che tale affermazione viola il criterio dell'investitore privato, in quanto implica la presa in considerazione del comportamento di un investitore in una situazione diversa da quella del Land nonché un'inversione delle priorità, nel senso che essa si fonda su alternative che si sarebbero presentate alla Helaba successivamente e non sulla questione se un investitore privato avrebbe concesso alla Helaba un conferimento della stessa natura e alle stesse condizioni. Il ricorrente ritiene, conseguentemente, che il mancato sviluppo in Germania del mercato degli strumenti ibridi di capitali propri di base avrebbe dovuto indurre la Commissione a concludere che la Helaba non avrebbe potuto procurarsi sul mercato un volume analogo di fondi propri di base se non sotto forma di capitale sociale.

173 Si deve rilevare che il ricorrente non contesta direttamente il riferimento operato dalla Commissione, al punto 137 della decisione impugnata, all'esistenza di un «perpetual» senza clausola di step-up emesso nel 1987 e sottoscritto da un investitore

istituzionale e non deduce argomenti volti a dimostrare che la Commissione non potesse fondare le proprie valutazioni su tale elemento. Sebbene esso affermi che la prima emissione di un «perpetual» senza clausola di step-up sottoscritta da investitori istituzionali tedeschi risalga al 2004 e la prima emissione di tal genere realizzata da una banca tedesca al 2005, tali affermazioni non sono sufficienti a dimostrare che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove basandosi sull'operazione menzionata nel punto 137 della decisione impugnata al fine di respingere l'argomento secondo cui investitori istituzionali non sarebbero stati disposti a sottoscrivere «perpetuals» senza clausola di step-up, ragion per cui il conferimento controverso avrebbe potuto essere paragonato, in considerazione della sua durata indeterminata, unicamente al capitale sociale.

174 Per quanto attiene alle differenze invocate dal ricorrente tra il conferimento controverso e i conferimenti taciti emessi sul mercato, si deve rilevare che esse corrispondono ad argomenti già esaminati e respinti.

175 Per quanto attiene all'argomento del ricorrente secondo cui la Commissione avrebbe violato il criterio dell'investitore privato affermando che la Helaba avrebbe potuto raccogliere fondi emettendo più tranches di minore importo, si deve rammentare che, pur essendo vero che il criterio dell'investitore privato impone di valutare se un siffatto investitore avrebbe realizzato l'operazione de qua alle stesse condizioni, resta il fatto che, conformemente alla giurisprudenza richiamata supra ai punti 35 e 36, l'obiettivo del controllo degli aiuti di Stato consiste nel determinare se l'impresa beneficiaria abbia ricevuto un vantaggio economico che non avrebbe altrimenti ottenuto in condizioni normali di mercato e che, a tal fine, non può ritenersi che debba essere preso in considerazione unicamente il punto di vista dell'investitore. Pertanto, il ricorrente non può pretendere che la questione se la Helaba avrebbe potuto ottenere sul mercato gli stessi vantaggi allo stesso prezzo resti irrilevante, quando tale questione è invece essenziale al fine di determinare il risultato che sarebbe scaturito dalla trattativa tra la Helaba e l'investitore privato ipotetico che si trovasse nella stessa situazione del Land.

176 Ciò premesso, devono essere respinte le censure del ricorrente relative all'applicazione di un erroneo periodo di riferimento e all'erronea valutazione della situazione del mercato al momento dell'integrazione del conferimento controverso.

Conclusione sulla qualificazione del conferimento controverso come conferimento tacito

177 È pacifico che il conferimento controverso costituisce uno strumento particolare che non corrisponde esattamente né ai conferimenti taciti emessi sul mercato, di durata sia determinata sia indeterminata, né al capitale sociale.

178 Dall'analisi condotta supra risulta, tuttavia, che il conferimento controverso si accosta ai conferimenti taciti a durata determinata riconosciuti come fondi propri di base in considerazione delle seguenti caratteristiche: il suo rango in caso di liquidazione o fallimento, e ciò rispetto sia ai creditori della banca sia ai proprietari; il fatto che esista un obbligo di remunerazione annuale il cui importo è fissato contrattualmente; il fatto che la remunerazione venga sospesa in caso di perdita di esercizio, che essa costituisca l'unico utile che l'investitore trae dal suo conferimento, in assenza di partecipazione all'aumento di valore dell'impresa, e che la Helaba abbia l'obbligo di versare le remunerazioni non corrisposte negli anni successivi l'esercizio, o gli esercizi, in cui la remunerazione non sia stata versata; il fatto che l'investitore partecipi alle perdite di esercizio della banca ed il fatto che esista una clausola di miglior esito nel caso in cui il valore del conferimento risultasse ridotto dalle perdite.

179 Per contro, il conferimento controverso si distingue dai conferimenti taciti a durata determinata e riconosciuti quali fondi propri di base e, essendo a durata indeterminata, si avvicina al capitale sociale potendo, conseguentemente, essere riconosciuto quali fondi propri di base al di là del limite del 15%, rappresentando una parte molto rilevante dei fondi propri di base ed essendo stato riconosciuto quali fondi propri di base a livello della Helaba e non del gruppo di appartenenza della medesima.

180 Infine, il conferimento de quo si distingue tanto dalla maggior parte dei conferimenti taciti a durata determinata e riconosciuti quali fondi propri di base quanto dal capitale sociale delle banche private che hanno emesso i conferimenti utilizzati dalla Commissione a titolo di raffronto, considerato che l'investimento del Land non è

fungibile ovvero lo è in misura molto ristretta. Si distingue, peraltro, dai conferimenti taciti utilizzati dalla Commissione a titolo di riferimento e da un gran numero di investimenti nel capitale sociale, atteso che il Land dispone di una quota molto rilevante di fondi propri della banca.

181 Ne consegue che le sole caratteristiche del conferimento controverso che, al tempo stesso, lo distinguono dai conferimenti taciti a durata determinata e lo accostano al capitale sociale sono, da un lato, la sua durata indeterminata e, dall'altro, il fatto che rappresenti più del 15% dei fondi propri di base della Helaba. Orbene, dall'esame svolto supra emerge, da un lato, che il ricorrente non ha provato che tali caratteristiche, tipiche dei «perpetuals»», determinino sul mercato una remunerazione più vicina a quella del capitale sociale che non a quella dei conferimenti taciti a durata determinata e, dall'altro, che non vi sia alcuna ragione per ritenere che il Land e la Helaba non potessero prevedere tale sviluppo.

182 Alla luce delle suesposte considerazioni, gli argomenti del ricorrente non consentono di ritenere che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove, in esito ad un esame globale delle caratteristiche del conferimento controverso, ha ritenuto che esso presentasse più analogie con i conferimenti taciti che non il capitale sociale e che, conseguentemente, la sua remunerazione dovesse essere paragonata a quella dei conferimenti taciti a durata determinata di un volume abitualmente ricorrente sul mercato, di cui eventualmente maggiorare la remunerazione.

4. *Sul raffronto della remunerazione del conferimento controverso con la remunerazione di garanzia richiesta sul mercato*

183 Per quanto attiene al raffronto della remunerazione del conferimento controverso con la remunerazione di garanzia richiesta sul mercato, il ricorrente contesta le valutazioni della Commissione riguardo al fatto di aver preso in considerazione l'onere supplementare risultante dall'imposta sulle attività produttive che la Helaba ha dovuto versare per effetto del conferimento controverso, al raffronto della remunerazione di base convenuta tra il Land e la Helaba con la remunerazione di garanzia di base

richiesta sul mercato ed al raffronto della maggiorazione per il carattere permanente convenuta nella specie con la maggiorazione per il carattere permanente richiesta sul mercato.

a) Sulla presa in considerazione dell'imposta sulle attività produttive

Decisione impugnata

184 La Commissione ha ritenuto che occorresse tener conto, ai fini del raffronto tra la remunerazione convenuta per il conferimento controverso e la remunerazione convenuta sul mercato, dell'incidenza dell'imposta sulle attività produttive gravante sul conferimento controverso, pari, nella specie, allo 0,26 annuo. L'istituzione ha precisato a tale riguardo che, mentre al versamento di tale imposta sono tenuti gli investitori istituzionali che esercitano la loro attività in Germania, i quali esigerebbero pertanto una remunerazione maggiore, nella specie tale imposta doveva essere versata dalla Helaba, in quanto il Land non vi è soggetto. La Commissione ha quindi ritenuto che l'onere complessivo per la Helaba da porre a raffronto con la fascia di remunerazioni presente sul mercato non fosse la remunerazione dell'1,4% convenuta inter partes, bensì quella dell'1,66% (punti 156-159 della decisione impugnata).

Argomenti delle parti

185 Il ricorrente censura tale valutazione e fa valere che gli investitori non tengono conto, nelle loro aspettative in materia di rendimenti, dello status fiscale del beneficiario dell'investimento e che la Commissione non ha dimostrato che, sul mercato, questo determinerebbe l'accollo dell'intero onere fiscale all'investitore. Il ricorrente sostiene che non esista alcuna differenza nell'importo della remunerazione versata ai singoli investitori per lo stesso conferimento, e ciò sebbene gli investitori nazionali che non esercitano alcuna attività industriale o commerciale nonché gli investitori stranieri

non siano soggetti all'imposta sulle attività produttive nell'effettuazione di conferimenti taciti e si trovino, conseguentemente, nella stessa situazione del Land.

186 Il ricorrente aggiunge che, in ogni caso, l'onere supplementare gravante sulla Helaba non è pari all'aliquota dell'imposta sulle attività produttive, bensì ben inferiore, atteso che tale imposta costituisce un costo di produzione per la Helaba e diminuisce, conseguentemente, il reddito imponibile della medesima. Pertanto, una volta versata l'imposta sulle società (40% all'epoca in Germania) e la maggiorazione di solidarietà (5,5%), l'onere supplementare sarebbe unicamente dello 0,15%.

187 La Commissione e gli intervenienti contestano tali argomenti.

Giudizio del Tribunale

188 Per quanto attiene, anzitutto, alla necessità di prendere in considerazione gli effetti prodotti dall'imposta sulle attività produttive sugli oneri gravanti sulla Helaba derivanti dal conferimento controverso, si deve rilevare che il ricorrente non contesta che la Helaba sia tenuta al versamento di tale imposta non essendovi il Land soggetto. Se è pur vero che il ricorrente fa valere che neppure taluni altri investitori sono soggetti alla detta imposta e che ciò non modifica l'entità della remunerazione pagata, va osservato che la Repubblica federale di Germania e la Helaba hanno affermato, all'udienza, che, per quanto le banche siano soggette, in linea di principio, all'imposta sulle attività produttive per le remunerazioni versate a investitori non residenti in Germania o non esercenti alcuna attività industriale o commerciale, resta il fatto che né le banche né le autorità tedesche conoscono l'identità degli investitori detentori dei titoli derivanti da conferimenti taciti e che, conseguentemente, le banche non versano l'imposta sulle attività produttive per le remunerazioni versate, quantunque una parte di esse venga versata a investitori non assoggettati all'imposta.

189 Si deve rilevare che, atteso che il ragionamento della Commissione non è basato sul fatto che il Land non deve versare la detta imposta, bensì sul fatto che la Helaba sia tenuta a farlo, sopportando in tal modo un onere che non dovrebbe sopportare qualora il conferimento fosse stato realizzato da un investitore privato sul mercato, la circostanza che, in pratica, le banche non versano l'imposta sulle attività produttive corrispondente alle remunerazioni versate a investitori non residenti in Germania o non esercenti alcuna attività industriale o commerciale priva di pertinenza l'argomento del ricorrente. Infatti, nella specie, a differenza di quanto avviene nel caso di altri conferimenti taciti sul mercato, la Helaba deve sopportare un onere supplementare derivante dal versamento dell'imposta sulle attività produttive. Tale onere, ancorché non implichi una remunerazione superiore per il Land, dev'essere preso in considerazione per esaminare se sulla Helaba gravi, per effetto del conferimento controverso, un onere quanto meno equivalente a quello gravante sulle banche che abbiano emesso conferimenti taciti sul mercato e, conseguentemente, se essa ne tragga un beneficio.

190 Ciò premesso, si deve ritenere che il ricorrente non abbia dimostrato che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha tenuto conto dell'incidenza dell'imposta sulle attività produttive sugli oneri complessivi gravanti sulla Helaba per effetto del conferimento controverso.

191 Per quanto attiene, inoltre, al calcolo degli oneri effettivamente sopportati dalla Helaba, si deve osservare che, nella specie, non si tratta di accertare quali siano gli oneri finali, al netto delle imposte, risultanti per la Helaba dal conferimento controverso, bensì di porre a raffronto tali oneri con quelli che deriverebbero da un conferimento a durata determinata sottoscritto da un investitore privato. A tal fine, il raffronto degli oneri derivanti dall'uno o dall'altro conferimento può essere effettuato al lordo o al netto delle imposte, sempreché gli oneri stessi vengano valutati nello stesso momento. Orbene, atteso che nella decisione impugnata la Commissione ha preso come riferimento gli oneri al lordo delle imposte rappresentati dai conferimenti taciti da essa utilizzati a titolo di raffronto, occorre prendere parimenti in considerazione gli oneri al lordo delle imposte derivanti dall'imposta sulle attività produttive (v., in tal senso, sentenza WestLB, cit. supra al punto 7, punto 384).

192 Ne consegue che il ricorrente non ha tantomeno dimostrato che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che gli oneri derivanti dal versamento dell'imposta sulle attività produttive, che dev'essere presa

in considerazione ai fini del raffronto della remunerazione del conferimento controverso con quella dei conferimenti esistenti sul mercato, siano costituiti dagli oneri al lordo delle imposte.

b) Sul raffronto della remunerazione di base con la remunerazione di garanzia di base richiesta sul mercato

Decisione impugnata

193 La Commissione fa presente che l'esame delle dieci operazioni invocate dalla Repubblica federale di Germania, richiamate al punto 164 della decisione impugnata, evidenzia una fascia di remunerazioni di garanzia comprese tra lo 0,75 e l'1,6% annuo (punti 162, 163, 165-167 della decisione impugnata).

194 La Commissione ha quindi esaminato le varie particolarità del conferimento controverso idonei a influire sull'entità della remunerazione. Essa ritiene, a tal riguardo, che non occorra applicare né una maggiorazione in ragione del volume dell'operazione né una riduzione in considerazione del rating della Helaba. Essa considera tuttavia che, tenendo conto del margine di capitale sociale ridotto, si debba presumere che un investitore privato non avrebbe accettato una remunerazione di garanzia di base collocata nella parte inferiore della fascia di mercato (punti 168,169, 171 e 172 della decisione impugnata).

195 La Commissione ne trae la conclusione che, atteso che gli oneri sopportati dalla Helaba per effetto del conferimento controverso si sono situati nella parte media, se non superiore, della fascia di mercato, non era possibile affermare l'esistenza di un vantaggio per la Helaba stessa né, conseguentemente, di un aiuto di Stato (punto 172 della decisione impugnata).

Argomenti delle parti

196 In primo luogo, il ricorrente ricorda che il conferimento controverso dovrebbe essere assimilato, in considerazione del suo profilo di rischio, ad un investimento nel capitale sociale e non ad un conferimento tacito a durata determinata e deduce che, conseguentemente, il calcolo effettuato dalla Commissione, fondato su una fascia di mercato stabilita sulla base delle remunerazioni di garanzia fissate per conferimenti taciti a durata determinata, è erroneo. Inoltre la Commissione, assimilando erroneamente il conferimento controverso ai conferimenti taciti, ometterebbe di prendere in considerazione il fatto che, al di là della maggiorazione da applicare per poter tener conto del carattere permanente del conferimento controverso, altre maggiorazioni sarebbero necessarie per tener conto della situazione finanziaria della Helaba, dell'assenza di pubblicità e delle minori spese dell'operazione.

197 In secondo luogo, il ricorrente censura le modalità con cui la Commissione ha calcolato la remunerazione di garanzia di base.

198 Il ricorrente deduce, da un lato, che la Commissione non ha valutato l'importo della remunerazione di garanzia di base alla luce della situazione e dello scenario del mercato esistenti alla fine del 1998, bensì alla luce di operazioni successive.

199 Esso fa valere, dall'altro, che, in considerazione delle differenze tra il conferimento controverso e le operazioni di riferimento, la remunerazione del conferimento controverso dovrebbe situarsi al di sopra della fascia di mercato per la remunerazione di garanzia di base determinata mediante le operazioni di riferimento. Il ricorrente ritiene che la Commissione non solo non abbia correttamente valutato le differenze tra il conferimento controverso e le operazioni di riferimento da essa esaminate ma, inoltre, abbia tralasciato altre differenze importanti.

200 Per quanto attiene alle differenze esaminate dalla Commissione, vale a dire il volume del conferimento controverso, l'importanza del margine di capitale sociale e il rating della Helaba, il ricorrente deduce che tutti questi elementi avrebbero dovuto condurre

ad una maggiorazione della remunerazione di garanzia di base rispetto alle operazioni di riferimento. Per quanto attiene alle differenze tra il conferimento controverso e le operazioni di riferimento che la Commissione non ha esaminato e che dovrebbero determinare un aumento della remunerazione di garanzia di base, il ricorrente menziona, da un lato, il fatto che l'intero conferimento controverso è stato sottoscritto da un solo investitore e, dall'altro, che il conferimento controverso non è fungibile, non potendo quindi il Land disinvestire dalla Helaba.

201 Il ricorrente fa valere, infine, che il conferimento della Dresdner Bank dell'importo di un miliardo di USD, menzionato nella decisione impugnata tra le operazioni di riferimento, dimostra che la remunerazione del conferimento controverso avrebbe dovuto situarsi al di sopra della fascia di riferimento, considerato che tale conferimento, malgrado un profilo di rischio a suo parere più ridotto, è stato remunerato ad un tasso superiore rispetto a quello del conferimento controverso.

202 La Commissione e gli intervenienti contestano tali argomenti.

Giudizio del Tribunale

203 In primo luogo, per quanto attiene all'argomento del ricorrente secondo cui la fascia utilizzata dalla Commissione sarebbe erronea in quanto si fonderebbe su operazioni non paragonabili al conferimento controverso, è sufficiente rilevare che dall'esame della questione della qualificazione del conferimento controverso emerge che la Commissione non è incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che tale conferimento presentasse maggiori somiglianze rispetto ai conferimenti taciti che non al capitale sociale (v. supra, punto 181).

204 In secondo luogo, quanto all'esame della conformità con il mercato della remunerazione di base del conferimento controverso effettuato dalla Commissione, dev'essere immediatamente respinto l'argomento del ricorrente secondo cui la Commissione

non si sarebbe fondata sullo scenario del mercato esistente all'epoca del conferimento controverso. Infatti, si deve necessariamente rilevare che, anche senza prendere in considerazione le cinque operazioni risalenti al 1999 cui la Commissione ha fatto riferimento, dall'esame delle operazioni restanti emerge che la fascia di mercato definita dalla Commissione, vale a dire quella compresa tra 75 e 160 punti di base, non risulta modificata, considerato che le operazioni che segnano i limiti massimi (conferimento della Bayerische Hypo- und Vereinsbank per 1,2 miliardi di DEM) e minimi (seconda tranche del conferimento di 700 milioni di USD emesso dalla Deutsche Bank) della fascia de qua sono entrambe operazioni del 1998. Quanto all'affermazione del ricorrente secondo cui tale conferimenti, essendo a durata determinata, non sarebbero tuttavia paragonabili al conferimento controverso, si deve rammentare che tale caratteristica non è idonea ad impedire qualsiasi raffronto.

205 Occorre quindi esaminare i singoli otto elementi che il ricorrente ritiene tali da implicare una maggiorazione della fascia di mercato per la remunerazione della garanzia di base e che la Commissione avrebbe erroneamente valutato o tralasciato.

206 Per quanto attiene, in primo luogo, alla situazione finanziaria della Helaba, il ricorrente deduce che gli utili della Helaba nel 1998 erano relativamente ridotti rispetto all'entità della remunerazione che doveva essere versata al Land, ragion per cui vi era il pericolo che gli utili non fossero sufficienti a corrispondere la remunerazione convenuta. Il ricorrente aggiunge che altri indicatori finanziari della Helaba (rendimento dei fondi propri, distribuzione di utili, rapporto dei fondi propri di base) risultavano, in termini costanti tra il 1984 ed il 1994, nettamente inferiori a quelli delle banche private.

207 A tale riguardo si deve rilevare che, con l'argomento relativo ai pretesi ridotti utili della Helaba rispetto all'entità della remunerazione, il ricorrente reitera l'argomento concernente il rischio di perdita della remunerazione esposto supra al punto 161. Orbene, come rilevato supra al punto 163, il raffronto fatto dal ricorrente tra la remunerazione che doveva essere versata dalla Helaba a decorrere dal 2003 e i suoi utili nel 1998 non consente di dimostrare l'esistenza di un rischio particolare di perdita della remunerazione. Quanto all'argomento secondo cui gli altri indicatori della Helaba

sarebbero stati inferiori a quelli delle grandi banche private, è sufficiente rilevare che, mentre il conferimento controverso è stato negoziato e integrato nella Helaba alla fine del 1998, il ricorrente fa riferimento a dati riguardanti il periodo intercorrente dal 1984 al 1994. Ciò premesso, si deve osservare che gli argomenti del ricorrente non consentono di ritenere che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove non ha considerato che la remunerazione avrebbe dovuto essere superiore a quella convenuta alla luce della situazione finanziaria della Helaba.

208 Per quanto attiene, in secondo luogo, all'assenza, in ampia misura, della pubblicità dovuta al fatto che la Helaba ha ottenuto il conferimento controverso da un solo investitore, il ricorrente fa valere che gli effetti dannosi che la pubblicità implica, in caso di difficoltà o di modificazioni dell'apporto, possono essere evitati nella specie o, quanto meno, controllati. Esso sostiene che un investitore privato avrebbe chiesto una maggiorazione della remunerazione di garanzia di base per compensare tale vantaggio.

209 Si deve necessariamente rilevare che tale affermazione sommaria del ricorrente non può essere sufficiente per dimostrare che, sul mercato, la circostanza dedotta implichi effettivamente una maggiorazione della remunerazione di garanzia di base e che, conseguentemente, la Commissione, non ritenendo applicabile tale maggiorazione nella specie, sia incorsa in un manifesto errore di valutazione. Per altro, mentre dai riferimenti fatti dalle parti ad un conferimento tacito sottoscritto da una compagnia di assicurazioni emerge, segnatamente, che investitori privati possono parimenti sottoscrivere interamente un conferimento tacito, il ricorrente non deduce elementi che consentano di ritenere che tale maggiorazione venga effettivamente richiesta sul mercato.

210 Inoltre, come il ricorrente stesso riconosce, il fatto che il conferimento controverso provenga da un unico investitore non consente alla Helaba di sottrarsi a qualsivoglia pubblicità. Infatti, la Helaba non può impedire al Land di indicare le eventuali difficoltà o modificazioni dell'apporto, tanto più che tali questioni possono essere discusse pubblicamente in seno allo Hessischer Landtag (Parlamento del Land) così come è stata discussa la sottoscrizione iniziale del conferimento controverso.

211 Per quanto attiene, in terzo luogo, alle pretese minori spese di operazione per la Helaba, il ricorrente deduce che, in considerazione del fatto che la Helaba ha ottenuto il conferimento da un solo investitore, essa risparmierebbe spese rilevanti connesse al lancio dell'emissione nonché alla sua gestione ed attuazione. Il ricorrente sostiene che un investitore privato avrebbe parimenti richiesto una maggiorazione della remunerazione di garanzia di base per compensare tale vantaggio.

212 Si deve necessariamente rilevare che tale affermazione, non comprovata, del ricorrente non dimostra che, sul mercato, la circostanza dedotta avrebbe implicato una maggiorazione della remunerazione di garanzia di base. Inoltre, il Land osserva di aver anch'esso economizzato spese rilevanti apportando l'intero fondo speciale alla Helaba invece di dividere il conferimento controverso tra varie banche e che, conseguentemente, la maggiorazione non trova giustificazione. Ciò premesso, nemmeno tale argomento consente di ritenere che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove non ha considerato di dover applicare una maggiorazione per tale motivo.

213 Per quanto attiene, in quarto luogo, al volume dell'operazione, il ricorrente censura la valutazione della Commissione secondo cui il fatto che il volume del conferimento controverso sia considerevolmente superiore a quelli dei conferimenti utilizzati a titolo di raffronto non dovrebbe determinare una maggiorazione, atteso che il conferimento controverso equivarrebbe, grazie al modello progressivo, a cinque conferimenti successivi di minore rilevanza. Esso aggiunge che la Commissione contraddice l'argomento da essa stessa sviluppato nell'ambito della causa da cui è scaturita la sentenza WestLB, citata supra, punto 7, in cui essa aveva affermato che un investitore operante in un'economia di mercato «a fronte di somme anormalmente elevate in pratica, [avrebbe] preteso un aumento [del] rendimento».

214 Il ricorrente reitera a tale riguardo gli argomenti dedotti in ordine all'accettazione del modello progressivo. Orbene, dal punto 131, supra, emerge che la Commissione non è incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che il conferimento controverso potesse essere paragonato, quanto al calcolo dell'adeguata remunerazione per la funzione di espansione delle attività commerciali, ad una serie di cinque conferimenti taciti di minore rilevanza.

215 In ogni caso, si deve constatare che, anche senza prendere in considerazione il modello progressivo, dall'esame delle operazioni analizzate dalla Commissione al punto 164 della decisione impugnata non risulta che la rilevanza del volume implichi necessariamente una maggiorazione della remunerazione di garanzia. In tal senso, per il conferimento della SGZ-Bank (ottobre 1998) di soli 50 milioni di DEM (circa 25 milioni di euro), è stata fissata una remunerazione di garanzia dell'1,20%, laddove la Deutsche Bank, per le sue due tranche di 700 milioni di USD ciascuna (gennaio 1998), ha versato una remunerazione di garanzia solo dello 0,75% e dello 0,8%.

216 Quanto all'argomento dedotto dalla Commissione nell'ambito della causa da cui è scaturita la sentenza WestLB, citata supra, punto 7, è sufficiente rammentare che la decisione oggetto di tale causa è stata annullata dal Tribunale e che, nella decisione WestLB del 2004, la Commissione non ha più imposto la maggiorazione in considerazione del rilevante volume dell'operazione di cui aveva cercato di dimostrare la fondatezza.

217 Ciò premesso, si deve rilevare che il ricorrente non ha dimostrato che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove non ha ritenuto che la remunerazione avrebbe dovuto essere superiore a quella convenuta in considerazione del volume assoluto del conferimento controverso.

218 Per quanto attiene, in quinto luogo, al margine di capitale sociale, il ricorrente ritiene che, sebbene la Commissione abbia considerato, al punto 169 della decisione impugnata, che la rilevanza del conferimento controverso rispetto al capitale sociale esigesse che la remunerazione del conferimento stesso si collocasse nella parte superiore della fascia di mercato per le remunerazioni di garanzia di base, essa avrebbe dovuto tener parimenti conto del fatto che l'intero conferimento è stato considerato quali fondi propri di base al di là del limite del 15% di strumenti ibridi di capitali propri previsto dalla dichiarazione di Sydney, e ciò al livello della Helaba e non del gruppo cui essa appartiene.

219 Si deve constatare che, considerato che il riconoscimento dell'intero conferimento quali fondi propri di base della Helaba è stato reso possibile dal carattere permanente

del conferimento stesso, non vi è motivo di ritenere che la circostanza dedotta dal ricorrente implichi una maggiorazione distinta da quella derivante dalla sua durata indeterminata. Quanto al fatto che il conferimento controverso sia stato riconosciuto quali fondi propri di base al livello della Helaba e non al livello del gruppo cui essa appartiene, si deve rammentare che il ricorrente si limita ad affermare che tale riconoscimento consente maggiore flessibilità alla Helaba nell'utilizzazione dei fondi. Alla luce dell'ampio margine di discrezionalità di cui la Commissione dispone nella determinazione della remunerazione conforme al mercato, si deve necessariamente rilevare che tale affermazione non può in alcun modo dimostrare l'esistenza di un manifesto errore di valutazione da parte della Commissione.

220 Si deve conseguentemente ritenere che gli argomenti del ricorrente non consentono di affermare che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove non ha considerato che la remunerazione avrebbe dovuto essere superiore a quella convenuta per effetto del carattere ridotto del margine di capitale sociale.

221 Per quanto attiene, in sesto luogo, al rating a lungo termine della Helaba, il ricorrente censura le valutazioni della Commissione espresse al punto 171 della decisione impugnata, secondo cui un investitore privato considererebbe il rischio di perdite derivante dall'operazione con la Helaba analogo a quello di un investimento in una delle grandi banche private menzionate nella decisione medesima. Il ricorrente afferma, a tale riguardo, che è inconcepibile che, prescindendo dalle garanzie di Stato, tale rating e quello delle grandi banche private menzionate nella decisione impugnata siano analoghi e, conseguentemente, che le operazioni indicate a titolo di riferimento possano essere utilizzate a fini di raffronto senza alcun adeguamento. Il ricorrente sostiene, inoltre, che la Commissione non abbia motivato le proprie valutazioni al riguardo.

222 Si deve rilevare che, a sostegno della propria affermazione secondo cui sarebbe inconcepibile che, senza considerare le garanzie di Stato, il rating a lungo termine della Helaba e quello delle grandi banche private menzionate nella decisione impugnata siano analoghi, il ricorrente si limita a dichiarare che, qualora gli indicatori della Helaba fossero stati posti a raffronto con quelli delle grandi banche private, essa avrebbe «probabilmente» ottenuto un rating meno favorevole.

223 Il ricorrente non rimette peraltro in discussione l'affermazione della Repubblica federale di Germania, cui la Commissione fa riferimento nella decisione impugnata punto 171), secondo cui non sarebbe esistito prima, quanto meno sino al 2001, alcun metodo per calcolare il rating a lungo termine delle banche regionali, astrazion fatta per l'obbligo di mantenimento in attività e di garanzia all'epoca incombente ai poteri pubblici. È pur vero che, nella replica, il ricorrente deduce che, non tenendo conto delle dette garanzie di Stato, il rating della Helaba negli anni 1998 e 1999 risultava inferiore a quello delle grandi banche private e si richiama, a tale riguardo, al rating intrinseco e di solidità finanziaria della Helaba, ponendolo a raffronto con i rating delle menzionate banche private relative agli stessi anni. Orbene, atteso che dal documento fornito a sostegno di tale affermazione emerge che il rating intrinseco e di solidità finanziaria costituisce un rating diverso da quello a lungo termine, il semplice riferimento a tali rating inferiori della Helaba non è sufficiente per dimostrare, in assenza di altre precisazioni, che anche il suo rating a lungo termine sarebbe risultato necessariamente inferiore a quello delle grandi banche private qualora fosse stato determinato prescindendo dalle garanzie di Stato, né che, alla fine del 1998, esistesse una maniera per determinare tale rating per la Helaba.

224 Ciò premesso, si deve ritenere che il ricorrente non ha dimostrato che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha presunto che, in assenza, alla fine del 1998, di un metodo specifico per calcolare, prescindendo dalle garanzie di Stato, il rating a lungo termine delle banche regionali, un investitore privato avrebbe considerato il rischio di perdite derivante dalla operazione conclusa con la Helaba analogo a quello di un investimento in una delle grandi banche private menzionate nella decisione medesima.

225 Inoltre, la decisione impugnata è sufficientemente motivata al riguardo. Si deve, infatti, rilevare che le valutazioni della Commissione censurate dal ricorrente non mirano a negare la pertinenza di un'eventuale maggiorazione della remunerazione, bensì attengono alla riduzione richiesta dalla Repubblica federale di Germania in considerazione del preteso carattere di rischio ridotto di un investimento nella Helaba per effetto delle garanzie di Stato fornite. Tale circostanza spiega il perché la Commissione si sia limitata a indicare le ragioni per le quali il calcolo della remunerazione non doveva essere fondato sul rating a lungo termine attribuito alla Helaba alla fine del 1998 e non si è concentrata sul rating esatto che essa avrebbe ottenuto in assenza di garanzie di Stato.

226 Per quanto attiene, in settimo luogo, al fatto che l'intero conferimento è stato sottoscritto da un solo investitore, il ricorrente deduce che, nelle operazioni di riferimento, i conferimenti taciti sono stati sottoscritti da numerosi investitori, ove ognuno ha investito, in linea generale, un importo compreso tra i 5 e i 10 milioni di euro o, ma solo eccezionalmente, sino a 100 milioni di euro. Il ricorrente afferma che, mentre il Land ha acquisito il 40% dei fondi propri della Helaba, nelle operazioni di riferimento la quota dei singoli investitori nei fondi propri delle banche de quibus rappresentava meno dell'1%.

227 Il ricorrente contesta l'affermazione della Commissione, espressa nel controricorso, secondo cui la differenziazione a seconda delle quote assunte da ogni singolo investitore nell'ambito dell'emissione sarebbe priva di fondamento rispetto alle prassi di mercato vigenti alla fine del 1998. Il ricorrente deduce a tal riguardo che tale affermazione si pone in contrasto con la giurisprudenza del Tribunale, il quale, nella sentenza WestLB, citata supra, punto 7, ha affermato (punto 255) che un investitore privato desidera «massimizzare i suoi profitti, ma senza correre troppi rischi rispetto agli altri partecipanti al mercato». Il ricorrente sostiene che, rispetto ad altri operatori sul mercato, un investitore corre rischi molto più grandi qualora investa in quanto investitore unico nell'ambito di un'unica emissione, in particolare quando il volume complessivo di questa sia considerevole, che non sottoscrivendo, come avvenuto nel caso delle operazioni delle banche private tedesche citate dalla Commissione a titolo di raffronto, congiuntamente con altri operatori nel mercato, una tranche molto più ridotta di un'emissione il cui volume complessivo sia, inter alia, meno elevato.

228 Il ricorrente aggiunge che il conferimento controverso aumenta considerevolmente il profilo di rischio del portafoglio del Land in considerazione della concentrazione dei propri rischi su un unico debitore. Esso osserva, a tal riguardo, che la diversificazione del rischio ha valore di principio generale nella gestione del rischio per l'impresa e che le regole prudenziali relative ai «grandi rischi» si fondano sul principio che la concentrazione di rischi su un unico debitore è particolarmente pericolosa.

229 Si deve osservare, a tale riguardo, che, per quanto la sottoscrizione dell'intero conferimento pari al 40% dei fondi propri della banca emittente implichi un rischio più elevato per l'investitore che non la sottoscrizione di una quota corrispondente a meno dell'1% dei fondi stessi, una maggiorazione della remunerazione può trovare

giustificazione solo quando tale circostanza implichi un vantaggio per la banca emittente per il quale quest'ultima è disposta a corrispondere un quid, o qualora la banca stessa abbia bisogno dei fondi proposti dall'investitore e non sia in grado di ottenerli presso altri soggetti. Per contro, qualora l'aumento del rischio per l'investitore derivi da una decisione presa dal medesimo per motivi a lui propri, senza essere influenzato dai desideri o dalle esigenze della banca, quest'ultima non sarà disposta a corrispondere una maggiorazione della remunerazione e si procurerà i fondi presso altri investitori (v., in tal senso, sentenza WestLB, cit. supra punto 7, punto 320).

230 Nella specie, l'aumento del rischio derivante per il Land dal fatto di possedere una quota importante dei fondi propri della Helaba costituisce il risultato della sua decisione di non dividere i fondi speciali in considerazione degli svantaggi che ne deriverebbero, e non dell'interesse della Helaba la quale, come già acclarato (v. supra, punti 39-42), non aveva un bisogno urgente di aumentare considerevolmente i propri fondi tale da poterla indurre ad accettare una maggiorazione della remunerazione.

231 Non vi è peraltro motivo di ritenere che la Helaba non avrebbe potuto procurarsi sul mercato, eventualmente presso più investitori, fondi a concorrenza del conferimento controverso, tenuto conto del modello progressivo, a condizioni che consentissero parimenti il loro riconoscimento quali fondi propri di base e con una remunerazione di garanzia di base equivalente al tasso convenuto dal Land e dalla Helaba.

232 Conseguentemente, sebbene la rilevanza della quota del Land nei fondi propri di base della Helaba implichi per il medesimo un aumento del rischio assunto, non è manifesto che tale circostanza fosse costitutiva di un vantaggio per il quale la Helaba avrebbe dovuto corrispondere una maggiorazione. Ciò premesso, si deve ritenere che la Commissione non è incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove non ha considerato che la remunerazione avrebbe dovuto essere superiore a quella convenuta a causa del fatto che il conferimento controverso è stato sottoscritto da un solo investitore.

233 Per quanto attiene, in ottavo luogo, all'assenza di fungibilità del conferimento controverso, ovvero della sua fungibilità ridotta, il ricorrente deduce che tale circostanza, impedendo al Land di disinvestire, distingue il conferimento controverso dalle operazioni utilizzate dalla Commissione a titolo di raffronto.

234 A tal riguardo, si deve rilevare, come già effettuato supra al punto 229, che il fatto che uno degli aspetti dell'operazione implichi un aumento del rischio assunto dall'investitore non giustifica un aumento della remunerazione se non nel caso in cui tale aspetto implichi un vantaggio per la banca ovvero quest'ultima non sia in grado di rifiutare i fondi proposti.

235 Orbene, nella specie, l'assenza di fungibilità del conferimento controverso ovvero la sua fungibilità ridotta non implica vantaggi per la Helaba.

236 Dagli atti emerge infatti che l'emissione sul mercato dei conferimenti taciti avviene tramite l'intermediazione di una società che sottoscrive il conferimento quale socio tacito e raccoglie i capitali necessari sul mercato. Gli investitori non sottoscrivono quindi direttamente il conferimento tacito presso la banca emittente bensì presso la società intermediaria. Quest'ultima per contro, quale socio tacito, non può cedere i propri diritti relativi al conferimento tacito se non con il consenso della banca emittente.

237 Nel caso di specie, il Land, che disponeva già di capitale da investire, partecipa all'operazione quale socio tacito in luogo della società intermediaria. Ne consegue che, per la Helaba, l'operazione si svolge come nel caso dei conferimenti emessi sul mercato e che essa non trae alcun vantaggio supplementare dal fatto che il conferimento controverso non è quotato in borsa, in quanto le sole caratteristiche pertinenti per la Helaba sono quelle che consentono di considerare il conferimento come fondi propri di base al di là del limite del 15% previsto per i fondi medesimi dalla dichiarazione di Sydney sugli strumenti ibridi di capitali propri, vale a dire la durata indeterminata, l'assenza del diritto del socio tacito di risolvere il conferimento e di una clausola di step-up. Si deve rilevare a tal riguardo che, interrogato dal Tribunale all'udienza in merito ai vantaggi risultanti per la Helaba dal fatto che il conferimento controverso

non è quotato in borsa, il ricorrente ha affermato di non essere in grado di dire se tale circostanza implicasse effettivamente un vantaggio per la Helaba.

Considerazioni conclusive sul raffronto della remunerazione di base con la remunerazione di garanzia di base richiesta sul mercato

238 Da tutte le suesposte considerazioni emerge che, nelle circostanze della specie, la Commissione ha potuto legittimamente ritenere, senza incorrere in un manifesto errore di valutazione, che un investitore privato collocato in una situazione analoga a quella del Land non sarebbe riuscito ad ottenere dalla Helaba una remunerazione di base più elevata di quella convenuta inter partes, atteso che gli elementi che implicano un aumento del rischio per il Land derivano dalla natura del suo fondo speciale nonché dalle sue scelte da esso operate e non implicano, per la Helaba, alcun vantaggio rispetto a quanto essa avrebbe ottenuto sul mercato. Ciò premesso, la Commissione non è incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che l'onere complessivo dell'1,43% derivante per la Helaba dalla remunerazione di base del conferimento controverso, tenuto conto dell'incidenza dell'imposta sulle attività produttive, non attribuisse alla Helaba un vantaggio che essa non avrebbe potuto ottenere a condizioni di mercato.

c) Sul raffronto della maggiorazione relativa al carattere permanente con la maggiorazione della remunerazione di garanzia richiesta sul mercato

Decisione impugnata

239 Nella decisione impugnata la Commissione ha rilevato che il conferimento controverso si distingue dalla maggior parte delle operazioni invocate dalla Repubblica federale di Germania in quanto costituisce un «perpetual» e ha considerato che tale circostanza esige una maggiorazione della remunerazione in quanto implica, per il Land, un rischio maggiore di non poter seguire le fluttuazioni dei tassi di interesse e, per la Helaba, un accresciuto valore economico in quanto consente di superare il

tetto del 15% fissato dalla dichiarazione di Sydney (punti 173 e 174 della decisione impugnata).

240 La Commissione fa presente che, al fine di stabilire se il tasso dello 0,23%, corrispondente alla maggiorazione per il carattere permanente, convenuto inter partes, aumentato in ragione della quota corrispondente all'imposta sulle attività produttive, sia conforme al mercato, essa non può fondarsi, o può farlo solo in misura molto limitata, su dati di mercato risalenti all'epoca dell'operazione, in quanto le parti agivano, per così dire, quali precursori sul mercato. L'istituzione afferma, tuttavia, che non può vietarsi a un investitore pubblico o ad una banca pubblica di agire quale precursore sul mercato e che occorre quindi esaminare unicamente se la determinazione della maggiorazione per il carattere permanente non sia manifestamente viziata da un errore di valutazione sul piano economico, vale a dire se essa non sia eventualmente fondata su criteri di valutazione erronei (punti 176 e 177 della decisione impugnata).

241 L'istituzione afferma che, tenuto conto dei pochi dati disponibili relativi all'anno di effettuazione del conferimento controverso e a quello immediatamente seguente, il calcolo proposto dalla Repubblica federale di Germania, risultante dal raffronto tra la remunerazione di un «perpetual» della Deutsche Bank e di un conferimento tacito della Dresdner Bank, da cui è scaturita una maggiorazione pari a circa lo 0,29%, era plausibile. L'istituzione ne trae la conclusione che non vi era motivo per di ritenere che il tasso comparativo pertinente dello 0,23% annuo a titolo di maggiorazione per il carattere permanente si collocasse sotto la fascia di mercato e che, conseguentemente, la Helaba sia stata favorita, vale a dire abbia beneficiato di un aiuto di Stato (punti 182 e 183 della decisione impugnata).

Argomenti delle parti

242 Il ricorrente fa valere che la Commissione sarebbe incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che non occorresse modificare la fascia di riferimento determinata sulla base dei conferimenti taciti a durata determinata al fine di tener conto della durata indeterminata del conferimento controverso.

243 Il ricorrente deduce, in primo luogo, che la Commissione è incorsa in errore laddove ha considerato che il Land e la Helaba abbiano agito quali precursori e che, conseguentemente, dovesse essere loro accordato un margine discrezionale maggiore. Il ricorrente sostiene a tal riguardo che la Helaba e il Land non abbiano agito quali precursori, atteso che nessun'altra operazione con le stesse caratteristiche del conferimento controverso sarebbe stata successivamente realizzata e, soprattutto, in quanto dai dibattiti svoltisi nello Hessischer Landtag anteriormente alla realizzazione del conferimento controverso emergerebbe che le parti hanno cercato di ricalcare fedelmente operazioni realizzate tra altri Länder e altre Landesbanken, la cui remunerazione sarebbe stata considerata dalla Commissione contenere elementi di aiuti di Stato.

244 In secondo luogo, il ricorrente deduce che la Commissione non poteva prendere in considerazione, nell'ambito del proprio esame, «perpetuals» risalenti al periodo compreso tra il maggio 1999 ed il dicembre 2003. Esso sostiene a tale riguardo che, non essendo disponibile alcun dato di mercato, la Commissione non possa presumere che le circostanze che un investitore privato avrebbe preso in considerazione nel periodo compreso tra il maggio ed il luglio 1999, ovvero nel dicembre del 2003, esistessero già, tali e quali, alla fine del 1998, considerato che l'effettiva evoluzione del mercato europeo dei capitali proverebbe il contrario. Il ricorrente ritiene che, conseguentemente, il fatto di trasporre senza alcuna motivazione la situazione concorrenziale esistente nel 1999 al 1998 costituisca un errore flagrante.

245 In terzo luogo, il ricorrente sostiene che, in ogni caso, le quattro operazioni — tre realizzate dalla Deutsche Bank e una dalla Dresdner Bank — utilizzate quali riferimenti dalla Commissione ai fini del calcolo della maggiorazione per il carattere permanente non siano paragonabili al conferimento controverso con riferimento al volume complessivo e al volume investito dall'investitore, alla proporzione dei fondi propri di base delle banche emittenti che rappresentano i singoli conferimenti, al loro riconoscimento quali fondi propri di base della banca o del gruppo, nonché alla possibilità di disinvestimento.

246 In quarto luogo, il ricorrente deduce che, contrariamente a quanto sostenuto dalla Commissione, la maggiorazione più elevata applicata sulla remunerazione del «perpetual» della Deutsche Bank rispetto al conferimento tacito della Dresdner Bank non può trovare giustificazione nel rating più favorevole del «perpetual». In risposta ad un quesito del Tribunale posto all'udienza, il ricorrente fa presente che, con

tale argomento, intendeva far valere che il rating meno favorevole del «perpetual» della Deutsche Bank rispetto a quello del conferimento tacito a durata determinata della Dresdner Bank non consentiva di ritenere che la maggiorazione per il carattere permanente sul mercato fosse inferiore al tasso dello 0,29% determinato sulla base del raffronto di tali tre operazioni, atteso che i rating sono influenzati da un elevato numero di fattori.

247 La Commissione e gli intervenienti contestano tali argomenti.

Giudizio del Tribunale

248 Per quanto attiene, in primo luogo, all'argomento del ricorrente secondo cui il Land e la Helaba non avrebbero agito quali precursori, essendosi solo limitati a cercare di imitare precedenti operazioni delle Landesbanken, occorre innanzitutto rilevare che, come sottolineato dalla Helaba, tale argomento non risulta avvalorato dai verbali della riunione della commissione per l'economia dello Hessischer Landtag del 2 dicembre 1998, sui quali si fonda il ricorrente. Da tali documenti emerge, certamente, che le dette operazioni sono state prese in considerazione, ma ne risulta parimenti che il Land e la Helaba hanno anche tenuto conto del fatto che la Commissione aveva avviato procedimenti con riguardo a tali operazioni e che erano state discusse le condizioni relative al conferimento controverso. Inoltre, per quanto attiene all'argomento secondo cui nessuna operazione analoga al conferimento controverso sarebbe stata realizzata in seguito, è sufficiente rinviare all'analisi svolta precedentemente in ordine alla qualificazione del conferimento controverso nonché alla presa in considerazione delle sue differenze ai fini della determinazione della remunerazione conforme al mercato.

249 Per quanto riguarda, in secondo luogo, l'argomento del ricorrente secondo cui la Commissione non avrebbe potuto prendere in considerazione «perpetuals» risalenti al periodo compreso tra il maggio del 1999 e il dicembre del 2003, si deve osservare che la Commissione non poteva opporsi alla maggiorazione per il carattere permanente convenuta tra il Land e la Helaba senza disporre di un minimo di elementi sui quali fondarsi per poter ritenere che tale maggiorazione fosse inferiore a quella che sarebbe stata fissata sul mercato. Proprio al fine di rinvenire tali elementi e di limitare in tal modo il margine di manovra delle parti del conferimento controverso, la

Commissione ha esaminato la successiva evoluzione del mercato. Ciò premesso, la censura del ricorrente, diretta a impedire alla Commissione di utilizzare i dati relativi al periodo successivo al conferimento controverso, non è idonea a dimostrare che l'istituzione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che non vi fosse motivo per considerare che la maggiorazione per il carattere permanente, convenuta tra il Land e la Helaba, non fosse conforme al mercato.

250 In ogni caso, si deve necessariamente rilevare che l'argomento del ricorrente secondo cui il volume del mercato degli strumenti ibridi di capitali propri sarebbe aumentato in modo molto significativo nel 1999 non è sufficiente a dimostrare che la Commissione abbia commesso un manifesto errore di valutazione ritenendo di potersi fondare su operazioni successive al conferimento controverso, non essendovi ragioni per supporre che una maggiorazione della remunerazione in considerazione del carattere permanente di un conferimento tacito fosse esposta a forti variazioni nel corso del tempo (punti 177 e 178 della decisione impugnata). Infatti, il semplice fatto che il volume del mercato degli strumenti ibridi di capitali propri sia aumentato in modo molto significativo nel 1999 non implica che, contrariamente a quanto affermato dalla Commissione nella decisione impugnata, la maggiorazione per il carattere permanente sia stata meno elevata nel corso di tale anno, in modo tale che l'utilizzazione, da parte della Commissione, dei dati relativi a tali periodi possa falsare la sua conclusione. Del resto, il ricorrente non spiega sotto quale profilo l'aumento del volume del mercato avrebbe influito sul tasso della maggiorazione per il carattere permanente. Il ricorrente non deduce, peraltro, argomenti che consentano di ritenere che il Land e la Helaba non potessero validamente determinare, nel dicembre del 1998, l'importo della maggiorazione che sarebbe stata determinata successivamente da altre banche.

251 Per quanto attiene, in terzo luogo, alla censura secondo cui il conferimento controverso non sarebbe paragonabile ai quattro conferimenti menzionati dalla Commissione, il ricorrente deduce argomenti già più volte fatti valere a sostegno della propria affermazione secondo cui il conferimento controverso presenterebbe un profilo di rischio che impedirebbe il suo raffronto con altri conferimenti taciti, che sono stati già respinti dal Tribunale.

252 Il ricorrente afferma parimenti che il fatto che i conferimenti utilizzati dalla Commissione a titolo di raffronto siano quotati in borsa implica che essi non sono a durata indeterminata dal punto di vista dell'investitore e che, conseguentemente,

l'accrescimento del rischio di volatilizzazione del capitale rispetto ad uno strumento finanziario a durata determinata è, se esistente, trascurabile. Per contro, nel caso del conferimento controverso, il Land non potrebbe disinvestire e, conseguentemente, la maggiorazione per il carattere permanente dovrebbe essere più elevata rispetto al caso dei conferimenti taciti quotati in borsa.

253 Si deve tuttavia rilevare a tale riguardo che la differenza del grado di fungibilità tra i conferimenti utilizzati dalla Commissione a titolo di raffronto e il conferimento controverso e, conseguentemente, la differenza insita nella possibilità di disinvestimento rappresenta solo la conseguenza del fatto che il Land, a differenza degli investitori nei conferimenti taciti quotati in borsa, non ha investito un patrimonio liquido e, quindi, fungibile, bensì un fondo speciale che non intende vendere e che intende farsi rimborsare solo in natura. Peraltro, l'impossibilità per il Land di disinvestire, ovvero le possibilità molto ridotte di procedervi, non costituisce un vantaggio supplementare per la Helaba che essa sarebbe pertanto tenuta a remunerare.

254 Si deve pertanto necessariamente rilevare che, nella specie, nell'ambito di trattative in normali condizioni di mercato sarebbe risultato impossibile, per un investitore privato collocato nella stessa situazione del Land, prescindere dal fatto che l'impossibilità di disinvestimento, ovvero il suo carattere ristretto, fosse la conseguenza delle proprie scelte concernenti la gestione del fondo speciale e non delle esigenze della Helaba. Un siffatto investitore avrebbe dovuto quindi prendere in considerazione il punto di vista della Helaba e il fatto che questa non fosse disposta a corrispondere una remunerazione più elevata per uno svantaggio risultante per il Land dalle stesse scelte di quest'ultimo e non corrispondente ad un vantaggio supplementare per essa.

255 Per quanto attiene, in quarto luogo, all'argomento del ricorrente secondo cui il rating meno favorevole del «perpetual» della Deutsche Bank rispetto a quello del conferimento tacito a durata determinata della Dresdner Bank non consentirebbe di ridurre la maggiorazione per il carattere permanente calcolata sulla base del raffronto di tali operazioni, si deve rilevare che la Commissione non ha considerato esatto il calcolo proposto dalla Repubblica federale di Germania al riguardo, limitandosi ad affermare che era plausibile. Peraltro, l'argomento del ricorrente si risolve nell'impedire alla Commissione di operare nella specie qualsiasi raffronto con il mercato, poiché, come il ricorrente stesso ha ammesso all'udienza, la remunerazione di qualsiasi operazione

realizzata sul mercato dipende da un complesso di fattori la cui influenza sulla remunerazione finale risulta difficile da quantificare con precisione.

256 In ogni caso, si deve osservare che, considerato che la conclusione della Commissione in ordine alla maggiorazione per il carattere permanente convenuta nella specie non è fondata unicamente su tale calcolo, detto argomento non può dimostrare, ancorché risultasse fondato, che tale conclusione sia viziata da un errore manifesto. Infatti, come osservato supra ai punti 240 e 241, la Commissione ha tenuto conto, in particolare, del fatto che il Land e la Helaba agissero quali precursori sul mercato e, in subordine, del fatto che il raffronto della remunerazione dei «perpetuals» menzionati dalla Repubblica federale di Germania non consentisse di concludere che la fascia di remunerazione dei «perpetuals» fosse superiore a quella dei conferimenti taciti a durata determinata.

257 Alla luce di tutte le suesposte considerazioni, si deve ritenere che il ricorrente non ha dimostrato che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha considerato che nulla le consentisse di concludere che il tasso di raffronto pertinente dello 0,23% annuo a titolo di maggiorazione per il carattere permanente si collocasse al di sotto della fascia di mercato e che, conseguentemente, la Helaba sarebbe risultata favorita, beneficiando in tal modo di un aiuto di Stato.

Conclusione sull'esame della conformità con il mercato della remunerazione di garanzia

258 Dalle suesposte considerazioni emerge che la Commissione non ha commesso manifesti errori di valutazione laddove ha ritenuto che l'onere gravante sulla Helaba per effetto del conferimento controverso fosse conforme alla remunerazione di garanzia convenuta sul mercato per operazioni analoghe e, conseguentemente, non attribuisse alla Helaba un vantaggio che quest'ultima non avrebbe ottenuto a condizioni di mercato.

5. *Sul fatto che la Commissione abbia detratto dalla remunerazione gli oneri di rifinanziamento risultanti per la Helaba dalla mancanza di liquidità del conferimento*

a) Decisione impugnata

259 La Commissione fa presente che, considerato che il conferimento controverso non ha procurato liquidità alla Helaba, questa ha sopportato oneri di rifinanziamento supplementari rispetto a quelli gravanti su una banca che abbia ricevuto un conferimento liquido, atteso che essa doveva ancora ottenere sul mercato le liquidità al fine di poter estendere le proprie attività nello stesso modo (punto 184 della decisione impugnata). L'istituzione ha ritenuto, conseguentemente, che la Helaba dovesse remunerare unicamente il rischio cui il Land esponeva i propri fondi, vale a dire che essa dovesse corrispondere al Land unicamente la remunerazione di garanzia eccedente il tasso di rifinanziamento applicabile sul mercato interbancario (punti 162 e 187 della decisione impugnata).

260 La Commissione ha respinto, a tal riguardo, l'argomento del ricorrente secondo cui dalla remunerazione avrebbero dovuto essere detratti solamente gli oneri di rifinanziamento al netto delle imposte facendo presente che, a differenza della causa WestLB invocata ex adverso, il conferimento controverso non procura alla Helaba una riduzione di imposta supplementare rispetto a quella procurata da un conferimento liquido, che giustificherebbe una riduzione dell'abbattimento (punti 185 e 186 della decisione impugnata).

b) Argomenti delle parti

261 Il ricorrente fa valere, da un lato, che la decisione impugnata è viziata da difetto di motivazione e, dall'altro, che essa è in contrasto con il criterio dell'investitore privato.

262 Quanto al difetto di motivazione, il ricorrente afferma che la detrazione totale del tasso di rifinanziamento è totalmente contraria alla posizione assunta dalla Commissione nella decisione di avvio del procedimento formale di esame nonché alla giurisprudenza del Tribunale e sostiene che, ciò premesso, la Commissione avrebbe dovuto motivare la propria decisione con particolare cura. Il ricorrente deduce che la decisione impugnata non consente di comprendere quali siano i criteri sui quali la Commissione si è fondata per affermare che la Helaba sopportava effettivamente oneri di rifinanziamento supplementari a concorrenza del tasso di rifinanziamento lordo, i motivi per i quali la Helaba deve versare unicamente la remunerazione di garanzia eccedente il tasso di interesse di riferimento, se la remunerazione di garanzia debba fondarsi sul tasso di rifinanziamento lordo o sui tassi Libor o Euribor, ovvero se il tasso di riferimento e il tasso Libor costituiscano un unico tasso.

263 Per quanto attiene all'applicazione del criterio dell'investitore privato, il ricorrente deduce che, ritenendo che la Helaba dovesse pagare solamente il rischio al quale il Land espone il proprio fondo speciale attribuendogli la forma di conferimento tacito, la Commissione ha applicato erroneamente tale criterio in quanto, in primo luogo, l'assenza di liquidità sarebbe stata già compensata dal ridotto valore di integrazione del fondo speciale, in secondo luogo, in quanto un investitore privato non accetterebbe che la propria remunerazione venga ridotta per l'assenza di liquidità del proprio investimento e, in terzo luogo, in quanto, in ogni caso, il Tribunale ha già avuto modo di affermare che un investitore privato accetterebbe unicamente una riduzione a concorrenza degli oneri reali sopportati dalla banca per effetto della mancanza di liquidità.

264 La Commissione e gli intervenienti contestano tali argomenti.

c) Giudizio del Tribunale

265 Quanto al preteso difetto di motivazione, si deve rilevare che dai punti 184-187 della decisione impugnata emerge che la Commissione ha ritenuto che il fatto che un investimento in fondi propri di base non sia liquido implichi oneri superiori per una banca rispetto agli oneri connessi ad un investimento liquido, dovendo la banca procurarsi sul mercato un importo liquido equivalente al valore dell'investimento. La banca

accetterebbe pertanto tale investimento solo qualora la remunerazione convenuta tenesse conto degli oneri supplementari derivanti dall'assenza di liquidità dell'investimento e consentisse, conseguentemente, di rendere i costi dell'investimento stesso identici a quelli di un investimento con trasferimento di liquidità.

266 Qualora, come nel caso dei conferimenti taciti del genere di quello controverso, tanto la remunerazione del conferimento quanto gli oneri supplementari vengano versati al lordo delle imposte, la Commissione ritiene che i costi di un conferimento liquido e di un conferimento non liquido possano essere identici solamente qualora la remunerazione del conferimento venga calcolata senza tener conto del tasso di interesse che, nel caso dei conferimenti taciti liquidi, è volto a remunerare la messa a disposizione di liquidità. Tuttavia, qualora, come nella causa WestLB, la remunerazione dell'investimento venga corrisposta al netto delle imposte, in quanto l'investimento non assume la forma di un conferimento tacito, mentre gli oneri di rifinanziamento sono sempre considerati come costi connessi all'attività produttiva e vengono versati al lordo delle imposte, possono essere presi in considerazione solamente gli oneri di rifinanziamento netti, atteso che, in caso contrario, l'investimento non liquido risulterebbe per la banca meno oneroso di un investimento liquido. In quest'ultimo caso, la Commissione ritiene che un investitore esigerebbe una remunerazione più elevata per compensare tale vantaggio derivante per la banca.

267 Si deve necessariamente rilevare che la Commissione ha sufficientemente spiegato, anche con riguardo, segnatamente, alla causa WestLB, la ragione per la quale, a suo parere, la Helaba sopporterebbe effettivamente, nella specie, oneri di rifinanziamento supplementari a concorrenza del tasso di rifinanziamento lordo rispetto ad un conferimento tacito liquido e, pertanto, la ragione per cui la Helaba dovrebbe corrispondere unicamente la remunerazione di garanzia eccedente il tasso di interesse di riferimento. Peraltro, alla luce di tale motivazione, la Commissione non era tenuta ad indicare se la remunerazione di garanzia avrebbe dovuto basarsi sul tasso di rifinanziamento lordo o sui tassi Libor o Euribor, né quale sarebbe stato il tasso di riferimento.

268 Quanto agli argomenti del ricorrente relativi alla fondatezza della detrazione degli oneri di finanziamento, occorre esaminarli separatamente.

Sull'argomento secondo cui l'assenza di liquidità sarebbe stata già presa in considerazione mediante il ridotto valore di integrazione

269 Il ricorrente fa valere a tale riguardo che, mentre il portafoglio di prestiti del fondo speciale ammontava, al 31 dicembre 1998, a circa 4 miliardi di euro, il conferimento tacito iscritto nel bilancio della Helaba ammontava unicamente a 1,264 miliardi di euro. Il ricorrente deduce che la determinazione del valore attualizzato ha reso il conferimento controverso equivalente a qualsiasi altro elemento attivo, incluso liquido, di pari importo, in particolare in quanto lo si ritiene produttivo di interessi al tasso normale di mercato. Il ricorrente ne deduce che un investitore privato terrebbe conto dei redditi che la Helaba trae dall'aumento del valore del fondo speciale e li porrebbe in parallelo con gli eventuali oneri di rifinaziamento sopportati dalla banca.

270 Si deve osservare, a tale riguardo, che, come affermato dalla Commissione, la valutazione del valore del fondo speciale alla data del suo trasferimento alla Helaba non presenta alcun legame con gli oneri supplementari che il conferimento controverso ha implicato per la Helaba rispetto ad un conferimento tacito liquido. Infatti, la mancata presa in considerazione, nella valutazione del valore del fondo speciale, degli svantaggi derivanti per la Helaba dall'assenza di liquidità e degli oneri di rifinanziamento che essa deve sopportare al fine di espandere le proprie attività al massimo emerge chiaramente dal fatto che tale valutazione è stata realizzata non solo dalle parti del conferimento controverso, bensì parimenti dal BAKred, e ciò al fine di determinare il valore che poteva essere scritto nel bilancio della Helaba a titolo di fondi propri di base. Tale valore calcolato ai fini della tutela dei terzi creditori è quindi lo stesso, a prescindere dal fatto che la Helaba decida effettivamente di espandere le proprie attività al massimo o meno. Si tratta quindi di un valore oggettivo che non dipende dall'utilizzazione del fondo speciale. Tale valore sarebbe identico se i fondi fossero stati ceduti ad un'impresa privata o ad un ente pubblico che intendesse semplicemente proseguire l'attività del fondo speciale e che, pertanto, non avesse bisogno di ottenere liquidità a concorrenza del valore del fondo.

271 La perizia richiesta dalla Commissione nel corso del procedimento amministrativo nell'ambito della causa WestLB conferma peraltro tale conclusione. Infatti, l'esempio indicato da tale perizia, relativo ad una vendita da parte delle autorità del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord di abitazioni concesse in locazione a

militari a canoni inferiori a quelli del mercato, in cui il prezzo versato dall'acquirente era pari al valore attualizzato, conferma che tale valore corrisponde al prezzo oggettivo di vendita, a prescindere dall'utilizzazione del fondo trasferito che l'acquirente intenda porre in essere.

272 La circostanza, rilevata in tale perizia e invocata dal ricorrente nella specie per contestare la detrazione degli oneri di rifinanziamento, che il fondo trasferito, una volta calcolato il valore attualizzato, sia ritenuto produttivo di interessi al tasso di mercato, per quanto corretta, non è tuttavia idonea a impedire tale deduzione. Infatti, da un lato, dal termine «è ritenuta», che figura in tale perizia, emerge che si tratta di una stima e non di un fatto certo che possa essere preso in considerazione per compensare gli oneri di rifinanziamento. Non può essere quindi escluso che il valore attualizzato del fondo qualche anno dopo la sua prima valutazione non sia pari a tale primo valore maggiorato in ragione degli interessi maturati ma inferiori, per effetto, ad esempio, del mancato rimborso di una parte dei prestiti concessi. D'altro canto, si deve rilevare che dalla decisione impugnata, in particolare dai punti 18 e 30, risulta che il valore del fondo iscritto in bilancio è rimasto stabile tra il 1999 ed il 2003 e che l'integrazione del fondo speciale nella Helaba non implica afflusso di liquidità o di redditi per la banca, atteso che i versamenti relativi ai mutui per la costruzione di abitazioni popolari sono destinati al fondo speciale e devono essere utilizzati a fini agevolativi. Ne consegue che il fatto che il valore attualizzato del fondo speciale sia inferiore al suo valore nominale non implica per la Helaba un utile annuo.

273 Si deve pertanto ritenere che, come sostenuto dalla Commissione e dagli intervenienti, il fatto che il valore attualizzato del fondo speciale, alla data della sua integrazione, come riconosciuto dalle parti e dal BAKred, sia inferiore al suo valore nominale non compensa e non mira a compensare gli oneri di finanziamento sopportati dalla Helaba per procurarsi sul mercato liquidità a concorrenza dell'importo del conferimento controverso. L'argomento in esame dev'essere quindi respinto senza che occorra chiedere alla Commissione di fornire, come suggerito dal ricorrente, le due perizie relative alla determinazione del valore attuale del conferimento controverso menzionate nel punto 16 della decisione impugnata.

Sull'argomento relativo al fatto che un investitore privato non avrebbe accettato la detrazione degli oneri di rifinanziamento

274 Il ricorrente deduce che, ritenendo che un investitore privato accetterebbe che la sua remunerazione venga ridotta in considerazione del carattere non liquido del suo conferimento, la Commissione è incorsa in due errori, uno di natura contabile e l'altro di natura macroeconomica.

275 L'errore contabile consisterebbe nello stabilire un nesso tra la decisione del Land di conferire il proprio fondo speciale e la decisione della Helaba di accettarlo. Il ricorrente afferma che ognuna di tali decisioni è determinata da parametri — prospettive di rendimento, rischio, oneri di rifinanziamento — non fissati dalle parti, bensì dal mercato dei capitali e che un investitore non effettuerà il proprio conferimento qualora non si attenda un ritorno in termini di reddito corrispondente al rischio assunto. Per quanto attiene alle censure della Commissione secondo cui il ricorrente fonderebbe il proprio ragionamento su un «teorema della separazione», il quale, oltre a non essere il solo ad essere stato formulato, sarebbe contrario al criterio dell'investitore privato, il ricorrente stesso deduce che esiste un unico «teorema della separazione» e che il criterio dell'investitore privato non solo non è in contrasto, bensì si fonda sul medesimo.

276 L'errore macroeconomico della Commissione consisterebbe nell'aver ritenuto che un investitore privato avrebbe posto una parte del proprio patrimonio a disposizione dei creditori della Helaba per una durata indeterminata a un tasso dell'1,4%, il quale non solo sarebbe molto meno elevato rispetto al tasso degli interessi passivi senza rischio all'epoca — vale a dire il 4% —, ma, inoltre, non raggiungerebbe nemmeno il tasso di inflazione a lungo termine. Il ricorrente contesta, inoltre, l'affermazione della Commissione secondo cui il tasso di remunerazione sarebbe inferiore a quello di un conferimento liquido, in quanto non si tratterebbe di un conferimento usuale. Esso deduce a tal riguardo che il conferimento controverso non ha nulla di inusuale atteso che conferimenti in natura, quali edifici, terreni o stabilimenti produttivi, vengono effettuati frequentemente.

277 A tal riguardo, si deve rammentare che dalla sentenza WestLB, cit. supra, punto 7, emerge che, per quanto attiene alla qualificazione come aiuto di Stato di un investimento in un'impresa, non può sostenersi che, ai fini del calcolo della remunerazione

adeguata, sia pertinente unicamente il punto di vista dell'investitore. Il Tribunale ha infatti considerato che, nell'ambito delle trattative in normali condizioni economiche di mercato, sarebbe stato impossibile, per un investitore privato che si fosse trovato nella stessa situazione del Land della Renania del Nord-Westfalia, di prescindere dall'assenza di liquidità del capitale conferito e dal fatto che, per la WestLB, questo presentava una utilità limitata. Il Tribunale ha pertanto ritenuto che il Land della Renania del Nord-Westfalia non poteva esigere per tale capitale una remunerazione analoga a quella di un capitale liquido (sentenza WestLB, cit. supra punto 7, punti 326 e 328). Si deve rammentare, inoltre, che, nell'ambito dell'applicazione della normativa in materia di aiuti di Stato, ciò che è determinante è l'esistenza di un vantaggio per l'impresa interessata. Ne consegue che, in un caso come quello di specie, in cui il Land cerca di investire un attivo di natura particolare, un'operazione non può essere considerata come produttiva di un aiuto di Stato quando, a seguito delle trattative tra la pubblica amministrazione che intende investire e l'impresa, le condizioni che quest'ultima è disposta ad accettare in considerazione degli svantaggi che la natura del capitale trasferito implica per la medesima comportino una remunerazione meno elevata rispetto a quella convenuta sul mercato per investimenti liquidi. Infatti, sempreché per l'impresa tali condizioni non siano più vantaggiose rispetto a quelle che avrebbe potuto ottenere se l'operazione avesse avuto ad oggetto, come avviene normalmente, capitali liquidi, essa non riceve un vantaggio che non avrebbe potuto ottenere sul mercato. Per contro non può ritenersi che, affinché un'operazione di tal genere non sia considerata produttiva di un aiuto di Stato, la pubblica amministrazione debba sempre ricevere, per il proprio investimento, la stessa remunerazione di un investitore disposto a trasferire un capitale liquido.

278 Ciò premesso, gli argomenti del ricorrente relativi all'inflazione e al tasso degli interessi passivi senza rischio devono essere respinti, fondandosi sulla premessa che non è il punto di vista dell'investitore che rileva e che è pertinente unicamente il raffronto tra la remunerazione percepita dal Land e quella che sarebbe stata pretesa da un investitore che avesse assunto gli stessi rischi, indipendentemente dai vantaggi e dagli svantaggi risultanti per la Helaba dal conferimento controverso rispetto alle operazioni di riferimento.

279 Tale conclusione non può essere inficiata dall'argomento del ricorrente secondo cui il conferimento controverso non ha nulla di inusuale, essendo frequenti conferimenti in natura, quali i conferimenti di edifici, di terreni o di stabilimenti produttivi.

A tale riguardo, da un lato, si deve rilevare che il ricorrente non pretende che gli strumenti ibridi di capitali propri quali il conferimento controverso siano sottoscritti sul mercato a fronte di uno scambio con beni quali edifici o terreni. Dall'altro, tale raffronto prescinde dal fatto che il conferimento controverso ha natura particolare, anche rispetto a beni di tal genere. Infatti, non solo il conferimento controverso non è liquido, ma la Helaba non può nemmeno ricavarne liquidità cedendolo, né utilizzarlo a proprio vantaggio.

280 Ciò premesso, si deve ritenere che l'argomento del ricorrente relativo al fatto che il tasso convenuto inter partes nel conferimento controverso sia inferiore al tasso degli interessi passivi senza rischio e all'inflazione non consente di ritenere che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha considerato che la Helaba dovesse remunerare il Land solamente per il rischio cui quest'ultimo ha esposto il proprio patrimonio (maggiorazione di garanzia), atteso che il conferimento controverso non fornisce liquidità alla Helaba e che essa deve quindi procurarsela sul mercato.

Sul fatto che un investitore privato avrebbe accettato, nella migliore delle ipotesi, solamente una detrazione degli oneri di rifinanziamento corrispondenti agli oneri effettivi sopportati dalla Helaba

281 Il ricorrente rammenta che, grazie al conferimento controverso, la Helaba può estendere le proprie attività in modo rilevante e deduce che, conseguentemente, gli oneri di rifinanziamento non possono essere imputati ad una «attività unica», bensì al complesso di attività generate dal conferimento. Il ricorrente afferma che la Commissione avrebbe dovuto porre a raffronto i vantaggi e gli svantaggi economici relativi a un conferimento sotto forma liquida, da un lato, e relativi al conferimento controverso, dall'altro, e ritiene che il carattere non liquido del conferimento controverso potrebbe giustificare, tutt'al più, una riduzione di rendimento e non una detrazione forfettaria degli oneri di rifinanziamento. A suo parere, inoltre, la Commissione non ha tenuto conto del fatto che talune operazioni non necessitano di liquidità, bensì generano reddito per la banca.

282 Il ricorrente ritiene peraltro che, anche qualora l'intero tasso di rifinanziamento dovesse essere preso in considerazione, gli oneri di rifinanziamento rappresenterebbero un costo attinente all'attività produttiva che riduce la base imponibile della

Helaba, ragion per cui l'onere effettivo del medesimo, al netto delle imposte, è inferiore al tasso di rifinanziamento.

283 Per quanto attiene all'argomento del ricorrente secondo cui la Commissione avrebbe dovuto porre a raffronto i vantaggi e gli svantaggi economici relativi al conferimento a seconda che questo presentasse, o meno, forma liquida, si deve rilevare che un conferimento non liquido non implica vantaggi supplementari per una banca rispetto ad un conferimento liquido. In tal senso, la possibilità di espansione delle attività conseguente all'aumento dei fondi propri, tanto di quelle che necessitano di liquidità quanto di quelle che richiedono unicamente fondi propri di garanzia, è identica, a prescindere dalla natura del patrimonio conferito alla banca. Per contro, un conferimento non liquido implica oneri supplementari per la banca, salvo che questa effettui solamente operazioni che non richiedano liquidità. Orbene, il ricorrente non pretende che ciò sia avvenuto nel caso della Helaba o delle banche che hanno emesso conferimenti taciti sul mercato. D'altronde, nei calcoli esposti nelle proprie memorie al fine di dimostrare che il minor reddito relativo della Helaba è nettamente inferiore all'importo in termini assoluti dei propri oneri, il ricorrente muove parimenti dal principio che la banca cercherà di procurarsi liquidità a concorrenza dell'importo trasferito.

284 Per quanto attiene, inoltre, ai calcoli del ricorrente, si deve rilevare che essi sono stati effettuati sulla base di un esempio fondato su un conferimento di 100 euro, un fattore di espansione delle attività di 12,5, un tasso di rifinanziamento del 4% e un tasso di interesse sui prestiti alla clientela della Helaba del 6,6,%. Il ricorrente espone che, ciò premesso, la Helaba ricaverebbe benefici, al lordo del versamento della remunerazione, di 36,50 euro nel caso di un conferimento liquido e di 32,50 euro nel caso di un conferimento non liquido e che, conseguentemente, il minor reddito realizzato nel caso di un conferimento non liquido è di 4 euro, vale a dire del 10,96%. Il ricorrente suggerisce, conseguentemente, di ridurre del 10,96% la remunerazione da versare per l'apporto liquido, vale a dire 5,4%, corrispondente al tasso degli interessi passivi senza rischio del 4% aumentato in ragione della maggiorazione di garanzia convenuta tra il Land e la Helaba dell'1,4%. Il ricorrente ritiene, quindi, che la remunerazione da versare al Land debba essere del 4,81%.

285 A tal riguardo, si deve anzitutto rilevare che tali calcoli appaiono in larga misura speculativi. Se il tasso di rifinaziamento sui prestiti senza rischio che il ricorrente utilizza è quello applicabile ai titoli di Stato a dieci anni in Germania alla data del

conferimento controverso, resta il fatto che la Helaba dovrà versare, per rifinanziarsi sul mercato, un tasso superiore a quello dei titoli di Stato (v. supra, punto 13). Quanto al tasso del 6,6%, oltre al fatto che il ricorrente non spiega nelle proprie memorie su cosa si fondi, appare evidente che una banca non applica un tasso unico a tutte le proprie operazioni, in qualsiasi momento e nei confronti di tutta la propria clientela.

286 In ogni caso, si deve rilevare che la detrazione parziale degli oneri di rifinanziamento proposta dal ricorrente consente di compensare solo parzialmente i costi più elevati che il conferimento controverso implica per la Helaba rispetto ad un conferimento liquido. Infatti, mentre dal calcolo proposto dal ricorrente emerge che gli oneri di rifinanziamento sopportati dalla Helaba per procurarsi liquidità sul mercato ammonterebbero a 4 euro per un prestito di 100 euro, la riduzione della remunerazione che essa verserebbe al Land sarebbe pari solo a 0,59 euro. Pertanto, utilizzando il metodo proposto dal ricorrente, l'onere sopportato dalla Helaba in conseguenza del conferimento controverso sarebbe più elevato rispetto a quello che risulterebbe da un conferimento liquido.

287 Ciò premesso, l'argomento del ricorrente non consente di dimostrare che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha ritenuto che gli oneri lordi di rifinanziamento fossero detraibili nella specie al fine di non rendere il conferimento controverso più costoso per la Helaba rispetto ad un conferimento liquido, ciò che un investitore privato non sarebbe riuscito ad imporre nelle circostanze della specie.

288 Per quanto attiene all'argomento del ricorrente secondo cui lo svantaggio subito dalla Helaba per effetto degli oneri di rifinanziamento sarebbe attenuato dal vantaggio ad essa derivante dal fatto che tali oneri costituiscono costi che riducono la base imponibile e, conseguentemente, l'importo dell'imposta, è sufficiente rilevare che, anche così stando effettivamente le cose, i vantaggi tratti dalla Helaba a valle dell'imposta sono parimenti inferiori a quelli che essa avrebbe tratto se il conferimento fosse stato liquido. Ciò premesso, il carattere non liquido del conferimento controverso non presenta, per la Helaba, alcun vantaggio.

289 Occorre quindi distinguere la fattispecie in esame da quella oggetto della causa WestLB, in cui la Commissione — senza che il suo modus operandi venga rimesso in discussione dal Tribunale — aveva unicamente consentito la detrazione del tasso

di rifinanziamento netto e non lordo come invece preteso dalla Repubblica federale di Germania e dalle parti dell'operazione, in considerazione del fatto che la WestLB, dovendo remunerare l'investitore al netto delle imposte — contrariamente alla Helaba — avrebbe tratto vantaggi superiori con il trasferimento di un patrimonio non liquido rispetto a quelli che avrebbe invece ottenuto con capitali liquidi.

290 Infatti, atteso che l'impatto degli oneri di rifinanziamento sugli utili della banca risultava attenuato per il fatto che, diminuendo la base imponibile, essi determinavano una riduzione dell'imposta dovuta, l'impatto degli oneri medesimi sulla remunerazione doveva parimenti essere ridotta in modo da non far beneficiare la banca, al tempo stesso, della riduzione dell'imposta e di una eccessiva riduzione della remunerazione. Quindi, detraendo dalla remunerazione gli oneri di rifinanziamento netti, la Commissione ha compensato l'aumento dei costi della WestLB derivanti da detti oneri e la loro riduzione risultante dalla diminuzione della remunerazione da versare, rendendo l'operazione paragonabile ad un'operazione con trasferimento di liquidità.

291 Alla luce delle suesposte considerazioni, si deve ritenere che il ricorrente non ha dimostrato che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione per quanto attiene al fatto di aver preso in considerazione oneri di rifinanziamento sopportati dalla Helaba per effetto del carattere non liquido del fondo speciale.

292 Ciò premesso, si deve ritenere che il ricorrente non ha dimostrato che la Commissione sia incorsa in un manifesto errore di valutazione laddove ha considerato, sostanzialmente, che l'onere sopportato dalla Helaba per la parte del conferimento che essa poteva utilizzare al fine di garantire le proprie attività commerciali, derivante dalla remunerazione convenuta, dall'imposta sulle attività produttive e dagli oneri di rifinanziamento, nonché l'onere dello 0,3% per la restante parte del conferimento controverso corrispondesse all'onere che la Helaba avrebbe sopportato se essa si fosse procurata sul mercato fondi tali da fornirle gli stessi vantaggi. In particolare, la Commissione non ha commesso un manifesto errore di valutazione laddove, tenuto conto del contesto in cui l'operazione si è svolta, ha considerato che la circostanza che il Land abbia conferito una quota importante dei fondi propri di base della Helaba e che esso non possa disinvestire liberamente non rappresenti — pur aumentando certamente il rischio assunto dal Land — un vantaggio supplementare per la Helaba e non avrebbe consentito ad un investitore privato di ottenere una maggiorazione della remunerazione.

293 I motivi dedotti dal ricorrente relativi alla violazione da parte della Commissione dell'art. 87 CE nonché ad un difetto di motivazione della decisione impugnata devono essere conseguentemente respinti.

294 Conseguentemente, il ricorso è respinto.

Sulle altre domande delle parti

295 Il ricorrente chiede al Tribunale di ordinare alla Commissione, a norma dell'art. 64, n. 3, del regolamento di procedura, di produrre, in primo luogo, la relazione peritale depositata dalla Repubblica federale di Germania nell'ambito del procedimento amministrativo e vertente sul rango del conferimento controverso in caso di fallimento della Helaba, relazione menzionata al punto 131 della decisione impugnata, in secondo luogo, le due relazioni peritali relative alla determinazione del valore attualizzato del conferimento controverso menzionate al punto 16 della decisione impugnata, e, in terzo luogo, la o le convenzioni concluse tra i detentori di quote della Helaba da cui deriva un «potere di controllo» a favore del Land, cui la Commissione fa riferimento nella propria decisione 6 settembre 2005, C (2005) 3232 def., relativa al trasferimento dello Hessischer Investitionsfonds alla Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale quale conferimento tacito, decisione impugnata nella causa da cui è scaturita la sentenza pronunciata in data odierna, causa T-36/06, Bundesverband deutscher Banken/Commissione, citata supra al punto 31.

296 Il ricorrente chiede parimenti al Tribunale che, nell'ambito della fase orale del procedimento, i periti sigg. H. e F. siano sentiti in qualità testimoni.

297 Il ricorrente suggerisce, inoltre, al Tribunale di ordinare alla Helaba di quantificare le proprie quote di mercato in Assia, in Turingia e in Germania riguardo agli anni 1998-2004.

298 Infine, esso propone l'audizione di vari testimoni nel caso in cui la Commissione dovesse contestare talune delle sue affermazioni relative alla ricevibilità del ricorso.

299 Su domanda del Tribunale (v. supra punto 25), la Commissione ha prodotto la relazione peritale fornita dalla Repubblica federale di Germania nell'ambito della fase amministrativa del procedimento, relativa al rango del conferimento controverso in caso di fallimento della Helaba. Il Tribunale ritiene tuttavia che, alla luce delle spiegazioni fornite dalle parti nel corso del procedimento, non sia necessario richiedere la produzione delle due relazioni peritali relative alla determinazione del valore attualizzato del conferimento controverso. Per quanto attiene alla o alle convenzioni concluse tra i detentori di quote della Helaba cui la Commissione fa riferimento nella decisione C (2005) 3232 def., si deve rilevare che, poiché nessuna valutazione della Commissione nella decisione impugnata si fonda sull'influenza esercitata dal Land sulla Helaba, la produzione del documento non appare necessaria.

300 Il Tribunale ritiene, parimenti, che non occorra procedere all'audizione, in qualità di testimoni, dei periti sigg. H e F., atteso che le loro relazioni sono state già prodotte agli atti.

301 Inoltre, considerato che non vi è stata pronuncia sulla ricevibilità del presente ricorso, non è necessario né accogliere la richiesta del ricorrente diretta a far ordinare alla Helaba di quantificare le proprie quote di mercato in Assia, in Turingia e in Germania per gli anni 1998-2004, né di citare, in qualità di testimoni, le persone la cui audizione è stata proposta nel caso in cui la Commissione dovesse contestare talune affermazioni del ricorrente relative alla ricevibilità del ricorso.

302 Quanto alla richiesta di trattamento confidenziale formulata dal ricorrente riguardo alla replica (v. supra, punto 20), è sufficiente osservare che, atteso che le informazioni considerate dal ricorrente confidenziali non figurano nella versione della replica depositata, tale richiesta risulta priva di oggetto.

303 Infine, dev'essere accolta la richiesta di ritirare dagli atti taluni documenti allegati alla replica (v. supra, punto 22), trattandosi di documenti interni della Commissione.

Sulle spese

304 Ai sensi dell'art. 87, n. 2, del regolamento di procedura, la parte soccombente è condannata alle spese se ne è stata fatta domanda. Il ricorrente, rimasto soccombente, devessere pertanto condannato alle spese conformemente alla domanda della Commissione, del Land e della Helaba.

305 A termini dell'art. 87, n. 4, primo comma, del regolamento di procedura, la Repubblica federale di Germania sopporterà le proprie spese.

Per questi motivi,

IL TRIBUNALE (Quarta Sezione)

dichiara e statuisce:

1) I documenti prodotti dal Bundesverband deutscher Banken eV agli allegati 9 e 10 della replica sono ritirati dagli atti.

2) Il ricorso è respinto.

3) Il Bundesverband deutscher Banken sopporterà le proprie spese nonché quelle della Commissione europea, del Land Hessen e della Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale.

4) La Repubblica federale di Germania sopporterà le proprie spese.

Czúcz Vadapalas Labucka

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo il 3 marzo 2010.

Firme

Firme Indice

Fatti ..... II - 394

A — Il conferimento controverso ..... II - 394

B — Le cause relative alle Landesbanken tedesche ..... II - 396

C — La decisione impugnata ..... II - 397

Procedimento e conclusioni delle parti ..... II - 399

In diritto ..... II - 402

A — Sulla ricevibilità ..... II - 402

B — Sul merito ..... II - 403

1. Il contesto nel quale il conferimento controverso è stato convenuto ..... II - 406

2. Sulla presa in considerazione del modello progressivo ..... II - 409

a) La decisione impugnata ..... II - 409

b) Argomenti delle parti ..... II - 410

c) Giudizio del Tribunale ..... II - 411

3. Sulla censura secondo cui la Commissione avrebbe erroneamente qualificato il conferimento controverso quale conferimento tacito «normale» e non quale investimento nel capitale sociale ..... II - 417

a) La decisione impugnata ..... II - 417

b) Argomenti delle parti ..... II - 419

c) Giudizio del Tribunale ..... II - 421

Sulle caratteristiche sulle quali la Commissione si è fondata per concludere che la remunerazione del conferimento controverso doveva essere paragonata a quella dei conferimenti taciti a durata determinata ..... II - 424

— Rischio di perdita in caso di fallimento o di liquidazione .. II - 424

— Profilo di redditività ..... II - 424

Sulle caratteristiche del conferimento controverso che, a parere della Commissione, non impediscono di paragonare la remunerazione del conferimento controverso a quella dei conferimenti taciti a durata determinata ..... II - 431

— Il volume ..... II - 431

— Margine di capitale sociale ..... II - 436

— Carattere permanente del conferimento e assenza di possibilità di cessione ..... II - 440

Caratteristiche del conferimento controverso non invocate nel corso della fase amministrativa del procedimento e non esaminate nella decisione impugnata ..... II - 442

Sulla situazione del mercato al momento dell'integrazione del conferimento controverso ..... II - 445

Conclusione sulla qualificazione del conferimento controverso come conferimento tacito ..... II - 449

4. Sul raffronto della remunerazione del conferimento controverso con la remunerazione di garanzia richiesta sul mercato ..... II - 450

a) Sulla presa in considerazione dell'imposta sulle attività produttive .. II - 451

Decisione impugnata ..... II - 451

Argomenti delle parti ..... II - 451

Giudizio del Tribunale ..... II - 452

b) Sul raffronto della remunerazione di base con la remunerazione di garanzia di base richiesta sul mercato ..... II - 454

Decisione impugnata ..... II - 454

Argomenti delle parti ..... II - 455

Giudizio del Tribunale ..... II - 456

Considerazioni conclusive sul raffronto della remunerazione di base con la remunerazione di garanzia di base richiesta sul mercato ..... II - 466

c) Sul raffronto della maggiorazione relativa al carattere permanente con la maggiorazione della remunerazione di garanzia richiesta sul mercato ..... II - 466

Decisione impugnata ..... II - 466

Argomenti delle parti ..... II - 467

Giudizio del Tribunale ..... II - 469

Conclusione sull'esame della conformità con il mercato della remunerazione di garanzia ..... II - 472

5. Sul fatto che la Commissione abbia detratto dalla remunerazione gli oneri di rifinanziamento risultanti per la Helaba dalla mancanza di liquidità del conferimento ..... II - 473

a) Decisione impugnata ..... II - 473

b) Argomenti delle parti ..... II - 473

c) Giudizio del Tribunale ..... II - 474

Sull'argomento secondo cui l'assenza di liquidità sarebbe stata già presa in considerazione mediante il ridotto valore di integrazione ... II - 476

Sull'argomento relativo al fatto che un investitore privato non avrebbe accettato la detrazione degli oneri di rifinanziamento ..... II - 478

Sul fatto che un investitore privato avrebbe accettato, nella migliore delle ipotesi, solamente una detrazione degli oneri di rifinanziamento corrispondenti agli oneri effettivi sopportati dalla Helaba ..... II - 480

Sulle altre domande delle parti ..... II - 484

Sulle spese ..... II - 486