TRIBUNALENS DOM (fjärde avdelningen)

den 3 mars 2010 *

I mål T-163/05,

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

sökande,

mot

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

svarande,

* Rättegångsspråk: tyska.

med stöd av

Förbundsrepubliken Tyskland, företrädd av M. Lumma och C. Schulze-Bahr, båda i egenskap av ombud, biträdda av advokaten J. Witting,

av

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

och av

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

intervenienter,

angående en talan om ogiltigförklaring av kommissionens beslut 2006/742/EG av den 20 oktober 2004 om statligt stöd som Tyskland har genomfört till förmån för Landesbank Hessen-Thüringen — Girozentrale (EUT L 307, 2006, s. 159),

meddelar

TRIBUNALEN (fjärde avdelningen)

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

justitiesekreterare: handläggaren C. Kristensen,

efter det skriftliga förfarandet och förhandlingen den 9 september 2008,

följande

Dom

Bakgrund till tvisten

A — *Det omtvistade tillskottet*

1 Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (nedan kallad Helaba) är en av de största bankerna i Tyskland. Den är ett offentligrättsligt organ. Sedan den 1 januari 2001 utgörs Helabas ägare av Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, med en ägarandel om 85 procent, Land Hessen (nedan kallad delstaten Hessen), med en ägarandel om 10 procent, och Land Thüringen, med en ägarandel om 5 procent. Helaba fungerar som delstaten Hessens och delstaten Thüringens mest anlitade bank och

centralt finansinstitut för sparbankerna i delstaterna Hessen och Thüringen. Helaba verkar dessutom som affärsbank på både den nationella marknaden och på internationella marknader.

2 Genom en lag av den 17 december 1998 inrättade delstaten Hessen en särskild fond kallad Wohnungswesen und Zukunftsinvestition (Bostadsförsörjning och framtidsinvestering, nedan kallad den särskilda fonden). Den särskilda fonden omfattar delstatens utestående fordringar från de lågräntelån till främjande av socialt bostadsbyggande som beviljats mellan 1948 och 1998. Den 31 december 1998 uppgick den totala låneportföljen till 7,829 miljarder tyska mark (cirka 4 miljarder euro). Fondens kontantvärde beräknades av två oberoende experter till 2,473 miljarder mark (1,264 miljarder euro).

3 Genom ett avtal (nedan kallat avtalet) mellan delstaten Hessen och Helaba, som trädde i kraft den 31 december 1998, överfördes den särskilda fonden i form av ett ”passivt egendomstillskott” (”stille Vermögenseinlage”) (nedan kallat det omtvistade tillskottet) till Helaba. Enligt artikel 1.2 i avtalet var syftet med tillskottet att permanent fungera som garantikapital i Helaba, i form av primärkapital. Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (statlig myndighet för tillsyn över bank- och kreditväsendet, nedan kallad BAKred) godkände att hela tillskottet betraktades som primärkapital. BAKred fann således bland annat att tillskottet stod i överensstämmelse med Sydneyförklaringen (ett pressmeddelande från Baselkommittén för banktillsyn av den 27 oktober 1998), där det anges att andelen sammansatta egetkapitalinstrument (instrument som samtidigt innebär delägande och fordringsbevis) i ett kreditinstituts primärkapital inte får överstiga 15 procent, utom för sådana instrument för vilka det i avtalet föreskrivs att kapitalet tilldelas på obegränsad tid och inte har några särskilda egenskaper – annat än en ren köpoption för emittenten – som kan leda till att instrumentet inlöses.

4 Parterna avtalade att Helaba som vederlag för detta passiva tillskott skulle betala delstaten Hessen en ersättning med 1,4 procent av tillskottet per år, med avdrag för den del som är nödvändig för att garantera verksamheter för att främja socialt

bostadsbyggande. Denna ersättning består av en ersättning för garantifunktionen på 1,2 procent och ett påslag med 0,2 procent med anledning av att tillskottet ges på obegränsad tid och att endast Helaba har rätt att säga upp avtalet. Det föreskrevs i avtalet att under de första fyra åren (1998–2002) skulle ersättningen inte beräknas på hela värdet av de överförda tillgångarna, utan på ett årligen progressivt stigande delbelopp (nedan kallat den progressiva modellen). De olika delbeloppen fastställdes till 700 miljoner, 1,2 miljarder, 1,6 miljarder och 2 miljarder DEM (det vill säga omkring 380 miljoner, 610 miljoner, 820 miljoner och 1,02 miljarder euro).

B — *Mål avseende tyska Landesbanken*

5 Genom skrivelser av den 31 maj och den 21 december 1994 informerade sökanden, Bundesverband deutscher Banken eV (sammanslutning av tyska privata banker) (nedan kallad Bundesverband eller sammanslutningen), Europeiska gemenskapernas kommission om att vissa delstater, däribland Nordrhein-Westfalen, hade införlivat, eller skulle komma att införliva, lån till stöd för bostadsbyggande i garantikapitalet i vissa Landesbanken (delstatsbanker), som till exempel Westdeutsche Landesbank Girozentrale (nedan kallad WestLB). Enligt Bundesverband hade parterna inte avtalat om en ersättning som motsvarade kriteriet avseende en privat investerare som är verksam i en marknadsekonomi (nedan kallat kriteriet avseende en privat investerare) som vederlag för dessa tillskott, vilket innebar att den ökning av de berörda delstatsbankernas primärkapital som följde av nämnda transaktioner ledde till en snedvridning av konkurrensen till förmån för dessa banker.

6 Genom två skrivelser, av den 6 augusti 1997 och den 30 juli 1998, upplyste Bundesverband kommissionen om två ytterligare överföringar av tillgångar, däribland det omtvistade tillskottet.

7 Först undersökte kommissionen överföringen av tillgångar till WestLB (nedan kallat WestLB-ärendet), och förklarade att den skulle komma att pröva överföringarna till andra banker mot bakgrund av resultaten i detta ärende. Den 8 juli 1999 antog kommissionen beslut 2000/392 om en åtgärd som Tyskland genomfört till förmån för

WestLB (EGT L 150, 2000, s. 1) (nedan kallat 1999 års beslut i WestLB-ärendet), i vilket kommissionen slog fast att den aktuella transaktionen utgjorde statligt stöd som är oförenligt med den gemensamma marknaden och förordnade om återkrav av stödet. Detta beslut ogiltigförklarades av förstainstansrätten genom dom av den 6 mars 2003 i de förenade målen T-228/99 och T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale och Land Nordrhein-Westfalen mot kommissionen (REG 2003, s. II-435)(nedan kallad domen i målet WestLB), på grund av bristande motivering.

8 Genom skrivelse av den 13 november 2002 upplyste kommissionen Förbundsrepubliken Tyskland om sitt beslut att inleda ett formellt granskningsförfarande avseende bland annat det omtvistade tillskottet. Beslutet att inleda det formella granskningsförfarandet avseende det omtvistade tillskottet offentliggjordes i *Europeiska unionens officiella tidning* (EUT C 72, 2003, s. 3).

C — *Det angripna beslutet*

9 Den 20 oktober 2004 antog kommissionen beslut 2006/742/EG om statligt stöd som Tyskland har genomfört till förmån för Landesbank Hessen-Thüringen – Girozentrale (EUT L 307, 2006, s. 159) (nedan kallat det angripna beslutet).

10 Kommissionen ansåg i det angripna beslutet att eftersom den särskilda fonden godkändes av BAKred som primärkapital för Helaba var det, för att bedöma huruvida delstaten Hessens agerande motsvarade hur en privat investerare skulle ha agerat, nödvändigt att göra en jämförelse mellan det omtvistade tillskottet och sådana egetkapitalinstrument som i Tyskland godkändes som primärkapital samma år som det tillhandahölls och som vid tidpunkten för tillskottet faktiskt stod till Helabas förfogande för en investering i denna storleksordning, det vill säga klart över 15 procent av primärkapitalet. Kommissionen godtog inte Bundesverbands argument att särdragen hos det omtvistade tillskottet, såsom de framgår av avtalet mellan delstaten Hessen och Helaba, medförde att nämnda tillskott uppvisade större likhet med en ökning av

aktiekapitalet än med ett normalt, det vill säga, tidsbegränsat passivt tillskott (skälen 128–139 i det angripna beslutet).

11 Kommissionen gjorde, med avseende på den ersättning som en privat investerare skulle ha krävt för ett sådant tillskott som det omtvistade, skillnad mellan det belopp som stod till förfogande för att täcka Helabas konkurrensutsatta verksamhet och det belopp som av olika skäl enligt kommissionen inte kunde användas av Helaba för detta ändamål (skälen 141 och 142 i det angripna beslutet).

12 Med avseende på det belopp som stod till förfogande för att täcka Helabas konkurrensutsatta verksamhet anförde kommissionen för det första att det var nödvändigt att beakta att Helaba var skyldigt att betala skatt på industriell och kommersiell verksamhet (nedan kallad näringsskatten), vilken investerare i industriella och kommersiella verksamheter i Tyskland är skyldiga att erlägga, men som i förevarande fall skulle betalas av Helaba, eftersom delstaten Hessen inte var skattskyldig (skälen 157–159 i det angripna beslutet).

13 Kommissionen förklarade för det andra att den referensränta som används på marknaden vid beräkning av ersättningen antingen är fast (i regel motsvarande ersättningen för tioåriga statliga lån) eller rörlig (motsvarande penningmarknadsräntan på interbankmarknaden, såsom Libor eller Euribor). Kommissionen angav att oberoende av vilken referensränta som används ska ett ersättningspåslag göras, vars sammansättning varierar i förhållande till huruvida ersättningen är fast eller rörlig. Kommissionen angav att om ersättningen är rörlig motsvarar påslaget ersättningen för den garantifunktion som det aktuella passiva tillskottet fyller (nedan kallad garantiersättningen). Om ersättningen däremot är fast består påslaget av två delar, refinansieringspåslaget, det vill säga det påslag på avkastningen på statsobligationer som banken måste betala för att anskaffa likviditet, och garantiersättningen, som motsvarar riskprofilen för det aktuella passiva tillskottet (skäl 162 i det angripna beslutet).

14 Mot bakgrund av att det omtvistade tillskottet inte innebär en likviditetsöverföring eller medför ytterligare refinansieringskostnader för Helaba, anser kommissionen att Helaba inte behöver utge någon garantiersättning till delstaten Hessen (skälen 162, 184–187 i det angripna beslutet).

15 Kommissionen anser, med avseende på frågan huruvida den avtalade ersättningen – med tillägg för effekten av näringsskatten – är marknadsmässig, att eftersom ersättningen ligger i den övre delen av marknadsintervallet för garantiersättningar på marknaden finns det inga skäl att anta att Helaba fick några särskilda fördelar och därmed inte heller något statligt stöd (skälen 172 och 183 i det angripna beslutet).

16 Vad gäller det belopp som enligt kommissionen inte disponerades av Helaba för att täcka dess konkurrensutsatta verksamhet – på grund av att det skulle garantera den särskilda fondens verksamhet för att främja socialt bostadsbyggande, eller på grund av den progressiva modellen – anförde kommissionen att den omständigheten att tillskottet togs upp i Helabas balansräkning från det ögonblick det överfördes medförde en fördel för Helaba, eftersom det fyllde en borgensfunktion som, i motsats till vad parterna avsett, skulle ersättas med en räntesats på 0,3 procent före skatt. Kommissionen fann således att Helaba fått ett statligt stöd på 6,09 miljoner euro (skälen 155 och 190 i det angripna beslutet).

Förfarandet och parternas yrkanden

17 Bundesverband väckte förevarande talan genom ansökan som inkom till förstainstansrättens kansli den 18 april 2005.

18 Genom handlingar som inkom till förstainstansrättens kansli den 29 juli och den 4 och den 8 augusti 2005, ansökte Helaba, Förbundsrepubliken Tyskland och delstaten Hessen om att få intervenera till stöd för kommissionen. Genom beslut av den

30 september 2005 tillät ordföranden på förstainstansrättens tredje avdelning dem att intervenera.

19 Bundesverband har genom skrivelser av den 9 och den 23 augusti 2005 och av den 15 december 2005 yrkat att vissa konfidentiella uppgifter i ansökan och repliken inte ska delges intervenienterna. Bundesverband har inkommit med en icke konfidentiell version av dessa inlagor. Intervenienterna har delgetts den icke konfidentiella versionen av dessa inlagor. Intervenienterna har inte invänt mot detta.

20 Genom skrivelse av den 20 december 2005 har Bundesverband uppgett för förstainstansrätten att namnet på de banker som gett vissa upplysningar som återfinns i repliken inte har angetts därför att dessa banker fruktar att deras kommersiella relationer allvarligt skadas om Helaba skulle få kännedom om deras namn. Bundesverband har angett att dessa upplysningar endast kommer att tillhandahållas förstainstansrätten på dennas begäran.

21 Intervenienterna inkom med sina yttranden inom de föreskrivna fristerna. Bundesverband inkom med sina yttranden om interventionsinlagorna inom den föreskrivna fristen. Kommissionen har valt att inte yttra sig om dessa inlagor.

22 Kommissionen yrkade genom skrivelse av den 28 mars 2006 att förstainstansrätten ska avlägsna vissa bilagor till repliken från akten. Bundesverband invände inte mot att bilaga C.3 avlägsnas från akten, och detta skedde genom beslut av ordföranden på tredje avdelningen den 28 juni 2006. Beslut om de övriga bilagor som yrkats att de ska avlägsnas från akten fattas senare.

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

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

25 På grundval av referentens rapport beslutade förstainstansrätten (fjärde avdelningen) att inleda det muntliga förfarandet och anmodade, som en processledningsåtgärd enligt artikel 64 i rättegångsreglerna, kommissionen att inkomma med vissa handlingar och ställde skriftligen vissa frågor till parterna vilka dessa besvarade inom den föreskrivna fristen.

26 Parterna utvecklade sin talan och besvarade förstainstansrättens muntliga frågor vid förhandlingen den 9 september 2008. Innan förhandlingen avslutades, beslutade förstainstansrätten att kommissionen skulle medges att få besvara en av dess frågor skriftligen. Kommissionen inkom med sitt svar genom skrivelse av den 19 september 2008, och Bundesverband inkom med yttrande över detta svar den 2 oktober 2008. Den muntliga förhandlingen avslutades den 8 oktober 2008.

27 Bundesverband har yrkat att förstainstansrätten ska:

— ogiltigförklara det angripna beslutet,

— förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

28 Kommissionen har, med stöd av intervenienterna, yrkat att förstainstansrätten ska:

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

— förplikta Bundesverband att ersätta rättegångskostnaderna.

Rättslig bedömning

A — *Upptagande till sakprövning*

29 Kommissionen har, med stöd av Helaba, gjort gällande att talan troligen inte kan tas upp till sakprövning, eftersom Bundesverband inte är individuellt berörd av det angripna beslutet.

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

31 I förevarande mål och i mål T-36/06, där tribunalen meddelade dom denna dag (REU 2010, s. II-537), uppkommer frågor om huruvida talan kan tas upp till sakprövning

som, visserligen, är delvis olikartade på grund av den rättsliga grunden för vart och ett av de angripna besluten. De frågor som uppkommer i målen angående prövningen i sak är dock väsentligen likartade, då parterna i mål T-36/06 upprepar ett stort antal av de argument som anförts i förevarande mål. Tribunalen kommer följaktligen att pröva Bundesverbands grunder direkt, utan att först ta ställning till kommissionens invändning om rättegångshinder. Talan om ogiltigförklaring ska nämligen, av skäl som anges nedan, under alla omständigheter ogillas

B — *Prövning i sak*

32 Bundesverband har gjort gällande att det angripna beslutet är oförenligt med artikel 87.1 EG genom att den ersättning som avtalats mellan delstaten Hessen och Helaba för den del av tillskottet som Helaba kan använda för att täcka sin konkurrensutsatta verksamhet inte motsvarar vad en privat investerare skulle ha begärt vid tiden för transaktionen och att delstaten Hessens avstående från lämplig ersättning utgör statligt stöd. Bundesverband har vidare hävdat att vissa bedömningar i det angripna beslutet är otillräckligt motiverade.

33 Bundesverband har inledningsvis gjort gällande att kommissionen inte kan grunda sig på situationen då det omtvistade tillskottet skedde. Bundesverband har vidare kritiserat kommissionens bedömning av vart och ett av de steg som kommissionen har följt för att komma till slutsatsen att den avtalade ersättningen för den del av tillskottet som Helaba kan använda för att garantera sin affärsverksamhet inte utgör statligt stöd. Bundesverband har för det första kritiserat den omständigheten att kommissionen, i jämförelsen mellan den ersättning som avtalats för det omtvistade tillskottet och ersättningen för andra transaktioner på marknaden, har funnit att nämnda tillskott uppvisar större likheter med ett tidsbegränsat passivt tillskott än en investering i aktiekapitalet. För det andra har Bundesverband kritiserat den omständigheten att kommissionen godtagit lösningen med en progressiv ersättning för den del av tillskottet som Helaba kan använda för att garantera sin affärsverksamhet, i enlighet med

den progressiva modellen. För det tredje har Bundesverband kritiserat kommissionen med avseende på eventuella påslag eller minskningar som skulle kunna tillämpas på intervallet för den marknadsmässiga garantiersättningen för att vissa särdrag i det omtvistade tillskottet skulle kunna beaktas. För det fjärde har Bundesverband kritiserat att kommissionen från den marknadsmässiga ersättningen dragit av de refinansieringskostnader som Helaba orsakades på grund av tillskottets påstådda avsaknad av likviditet.

34 Det ska inledningsvis erinras om att artikel 87.1 EG har till syfte att förhindra att handeln mellan medlemsstaterna påverkas av förmåner som beviljats av offentliga myndigheter och som snedvrider eller hotar att snedvrida konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion.

35 För att det ska vara möjligt att bedöma om en statlig åtgärd utgör stöd, måste det således avgöras om det mottagande företaget får ekonomiska fördelar som det inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor (domstolens dom av den 11 juli 1996 i mål C-39/94, SFEI m.fl., REG 1996, s. I-3547, punkt 60, domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB, punkterna 207 och 243).

36 Det kan nämligen inte anses att den teoretiska prövningen av huruvida en transaktion har genomförts enligt normala marknadsmässiga villkor med nödvändighet ska göras med beaktande enbart av investeraren eller det företag till förmån för vilket investeringen har gjorts, eftersom just samspelet mellan de olika ekonomiska aktörerna är kännetecknande för en marknadsekonomi (domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB, punkt 327). Det är inte heller nödvändigt göra en fullständig teoretisk prövning av de inskränkningar som avser de överförda tillgångarna, eftersom det som jämförelse är tillräckligt att beakta agerandet hos en privat investerare som i största möjliga utsträckning befinner sig i den offentliga investerarens situation (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 16 maj 2002 i mål C-482/99, Frankrike mot kommissionen, REG 2002, s. I-4397, punkt 70, av den 28 januari 2003

i mål C-334/99, Tyskland mot kommissionen, REG 2003, s. I-1139, punkt 133, och domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB, punkt 270).

37 Kommissionen är under dessa omständigheter, för att bedöma huruvida ett företag har fått en fördel som det inte hade kunnat få på dessa villkor på marknaden, skyldig att göra en fullständig analys av samtliga relevanta omständigheter i den omtvistade transaktionen och dess sammanhang. Denna analys innefattar det stödmottagande företagets situation och situationen på den aktuella marknaden (domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB, punkt 251). Kommissionen kan särskilt pröva huruvida, i ett fall som det aktuella, företaget hade kunnat skaffa kapital hos andra investerare som ger samma fördelar, och i förekommande fall till vilka villkor. En åtgärd kan nämligen inte utgöra statligt stöd om den inte medför att företaget kommer i en mer gynnsam situation än vad som hade varit fallet utan ingripande från den offentliga myndigheten.

38 Det ska slutligen erinras om att kommissionens prövning av frågan huruvida en investering kan ge företaget en sådan fördel som det inte hade kunnat få på marknaden innefattar en komplicerad ekonomisk bedömning. Kommissionen har emellertid ett stort utrymme för skönsmässig bedömning då den antar en rättsakt efter en sådan bedömning, och domstolsprövningen av en sådan rättsakt ska, även om den ska vara ”fullständig” vad avser frågan huruvida en åtgärd faller inom tillämpningsområdet för artikel 87.1 EG, endast avse en kontroll av att reglerna för handläggning och för motivering har följts, att de uppgifter om de faktiska omständigheterna som lagts till grund för det omtvistade valet är materiellt riktiga, att bedömningen av dessa omständigheter inte är uppenbart oriktig och att det inte förekommit maktmissbruk. I synnerhet ankommer det inte på tribunalen att ersätta beslutsfattarens ekonomiska bedömning med sin egen (förstainstansrättens dom av den 15 september 1998 i de förenade målen T-126/96 och T-127/96, BFM och EFIM mot kommissionen, REG 1998, s. II-3437, punkt 81, av den 12 december 2000 i mål T-296/97, Alitalia mot kommissionen, REG 2000, s. II-3871, punkt 105, och domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB, punkt 282).

39 Innan Bundesverbands olika invändningar mot det angripna beslutet prövas ska tribunalen pröva parternas argument avseende det sammanhang i vilket det omtvistade tillskottet förhandlades fram.

1. *Det sammanhang i vilket det omtvistade tillskottet förhandlades fram*

40 Bundesverband har gjort gällande att det inte är riktigt att anse att Helaba inte behövde ett tillskott av primärkapital och att tillskottet huvudsakligen skedde i Förbundsrepubliken Tysklands, och särskilt delstaten Hessens, intresse.

41 Kommissionen har, med stöd av delstaten Hessen och Helaba, bestritt denna framställning av sammanhanget i vilket affären genomfördes.

42 Helaba hade före införlivandet av det omtvistade tillskottet en kapitalbasandel för primärkapital med 5,4 procent och eget kapital med 9,6 procent, vilket i båda fallen överstiger kraven enligt lagen, det vill säga 4 procent och 8 procent (skälen 28 och 32 i det angripna beslutet). Till skillnad från omständigheterna i WestLB-ärendet, som flera gånger har åberopats av Bundesverband, gjorde inte någon ändring av tillämplig lagstiftning det nödvändigt att höja andelen eget kapital för europeiska banker under 1998. Den omständigheten att Helabas kapitalbasandel var lägre än de stora privata tyska bankernas innebär inte att det omtvistade tillskottet var nödvändigt för Helabas fortlevnad eller för att vidmakthålla dess omsättning, eftersom det inte kan anses att alla andra tyska banker som inte hade samma kapitalbasandel som de stora bankerna behövde ett kapitaltillskott. Bundesverband har under alla omständigheter inte angett de stora privata bankernas kapitalbasandel för år 1998, utan endast för perioden 1984–1994.

43 Helaba hade mot denna bakgrund inte behov av nytt kapital annat än för att uppnå sina tillväxtmål enligt utvecklingsplanen. Förutom den omständigheten att det, om Helaba inte skulle erhålla det kapital som var nödvändigt för att nå målen i verksamhetsplanen, endast skulle medföra ett hinder för dess tillväxt och inte utgöra ett hot

mot dess fortlevnad eller dess omsättning vid denna tidpunkt, krävdes enligt de tillväxtmål som satts upp i verksamhetsplanen – i likhet med vad Förbundsrepubliken Tyskland har angett i skäl 54 i det angripna beslutet – endast en ökning av primärkapitalet med ett avsevärt mindre belopp än det omtvistade tillskottet, eller till och med mindre än de delbelopp som angetts i den progressiva modellen.

44 Denna slutsats påverkas inte av de uttalanden som gjordes av Helabas ordförande i den tyska pressen under 1998 och som åberopats av Bundesverband. Det är nämligen inte möjligt att, av ordförandens uttalande att ”om den internationella utvecklingen medger det, [skulle Helaba] gärna vilja att [den särskilda fonden] ställdes till dess förfogande som eget kapital till marknadsmässig ersättning”, dra slutsatsen att Helaba var beroende av det omtvistade tillskottet. Det går heller inte att av dennes uttalande, att ”åtminstone långsiktigt uppkommer frågan om Helabas kapitaltäckning”, utläsa att det skulle finnas ett akut behov av eget kapital.

45 Det framgår visserligen av dessa yttranden att Helaba var intresserad av det omtvistade tillskottet och att detta skulle ge Helaba möjlighet att uppfylla dess behov av eget kapital under flera år och utöka sin riskutsatta verksamhet. Det var nämligen endast på grund av att Helaba förväntade sig att dra fördel av den särskilda fonden som Helaba föreslog att överta den i form av ett passivt tillskott. Detta innebär emellertid inte att Helaba var beroende av det omtvistade tillskottet eller att primärkapitalet inte hade kunnat ökas genom att Helaba vände sig till privata investerare.

46 Vad avser situationen för delstaten Hessen framgår det av det angripna beslutet och av handlingarna i målet att dess avsikt var att generera ytterligare inkomster, genom att använda sitt innehav för att främja socialt bostadsbyggande för andra ändamål, men likväl inte ville sälja det, för att kunna behålla dess anknytning till stödverksamheten, att delstaten inte ville dela upp innehavet på flera institutioner – dels därför

att fonden som reinvesterande fond ska finansieras genom återbetalningen av beviljade lån, dels på grund av de kostnader och den flexibilitetsförlust som skulle bli följden – samt att delstaten önskade organisera förvaltningen av fonden på det mest effektiva och ekonomiska sättet (skäl 20 i det angripna beslutet).

47 Helaba förklarade sig villigt att överta och förvalta hela den särskilda fondens stödportfölj. Särskilt den omständigheten att Helaba redan förvaltade stödfonder och stödprogram – samt att eftersom det var fråga om en bank som reglerades av offentlig rätt och delstaten Hessen redan utövade kontroll och hade de bästa möjligheterna att följa dess soliditet och utveckling – övertygade delstaten om att Helaba var lämplig som partner. De kooperativa bankerna hade visserligen visat intresse för den särskilda fonden, men dessa önskade att delstaten skulle sälja den. Vidare hade de stora privata bankerna – trots den påstått låga ersättning som avtalats för det omtvistade tillskottet och att det förhållandet att delstaten Hessen hade för avsikt att överlåta fonden var allmänt känt då Bundesverband hade fått kännedom därom senast under sommaren 1998 – till skillnad från de kooperativa bankerna inte inkommit med konkurrerande anbud.

48 Det är således mot denna bakgrund som tribunalen ska undersöka parternas argument och avgöra huruvida kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att den kostnad som Helaba fick vidkännas för den del av den särskilda fonden som kunde användas för att täcka dess konkurrensutsatta verksamhet inte var lägre än vad den skulle ha varit under normala marknadsmässiga villkor för att erhålla samma fördelar, och att det omtvistade tillskottet följaktligen inte utgjorde statligt stöd.

49 Med anledning av att ett av Bundesverbands argument avser den påstått felaktiga kvalificeringen av det omtvistade tillskottet som passivt tillskott samt att den påstått låga ersättningsnivån grundar sig på tillskottets stora volym, och då kommissionen

har bestritt detta argument på grundval av den progressiva modellen, ska denna fråga bedömas först.

2. *Huruvida den progressiva modellen ska beaktas*

a) Det angripna beslutet

50 Såsom framgår av punkt 11 ovan anser kommissionen att det ska göras en åtskillnad mellan den del av det omtvistade tillskottet som Helaba disponerar för att täcka dess konkurrensutsatta verksamhet och den del som av olika skäl inte disponeras för detta ändamål.

51 Vad gäller hur den del av det omtvistade tillskottet som Helaba disponerade för att täcka sin konkurrensutsatta verksamhet ska bestämmas, godtog kommissionen att den skulle beakta den progressiva modellen som avtalats mellan parterna. Enligt denna modell skulle, under de första fyra åren efter införlivandet av det omtvistade tillskottet, den ersättning på 1,4 procent som fastställts i avtalet inte utges på hela tillskottet, med undantag för den del som var nödvändig för att täcka verksamheten för att främja socialt bostadsbyggande, utan på förbestämda delbelopp. Kommissionen motiverade varför den godtog den progressiva modellen genom att ange dels att fonden visserligen rent faktiskt kunde användas av Helaba från början, men att denna hade angett att den endast successivt behövde de överförda tillgångarna för att täcka sin konkurrensutsatta verksamhet, dels att det, inom de avtalade delbeloppen, var möjligheten att använda tillgångarna och inte den faktiska användningen som beaktades. Kommissionen fann att en privat investerare i samma situation som delstaten Hessen och som inte önskade dela upp den särskilda fonden inte hade kunnat kräva en snabbare ökning av den kapitalbas för vilken ersättningen skulle utgå med den avtalade räntan på 1,4 procent (skälen 143–146 i det angripna beslutet). Kommissionen fann emellertid att den del av det omtvistade tillskottet som översteg de avtalade

delbeloppen skulle ersättas med en ränta på 0,3 procent (skälen 142, 191 och 192 i det angripna beslutet).

b) Parternas argument

52 Bundesverband har gjort gällande att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att den progressiva modellen uppfyller kriteriet avseende en privat investerare. Bundesverband har hävdat, vilket även kommissionen har medgett, att frågan huruvida emittenten verkligen använder hela beloppet för att garantera sin affärsverksamhet saknar betydelse för en investerare, eftersom det viktiga för denne är att ha ställt sin egendom till bankens förfogande genom att avstå från dispositionsrätten och med risk för att göra en förlust.

53 Bundesverband anser att kommissionens skäl för att trots allt godta den progressiva modellen är felaktiga.

54 Bundesverband har, vad gäller den omständigheten att Helaba upplyst delstaten Hessen om att den inte avsåg använda hela det omtvistade tillskottet från början, gjort gällande att om Helaba möjligen agerat förnuftigt från ekonomisk synpunkt genom att kräva den progressiva modellen är detta inte fallet med delstaten Hessen. En privat investerare i samma situation skulle nämligen inte ha avstått från en del av sin ersättning utan skulle ha sökt andra investeringsmöjligheter för att maximera sin vinst, eller åtminstone överfört den särskilda fonden stegvis enligt Helabas behov. Bundesverband har emellertid under förhandlingen, som svar på en fråga från förstainstansrätten, anfört att frågan i förevarande mål inte gäller huruvida delstaten Hessen borde ha överfört den särskilda fonden stegvis eller försökt placera den någon annanstans, utan om delstaten borde ha krävt ersättning för hela det överförda kapitalet.

55 Bundesverband har, i motsats till vad kommissionen har gjort gällande, påstått att denna har avvikit från den praxis som följts i ärendena om de övriga Landesbanken. Bundesverband har, i likhet med vad kommissionen har hävdat i sitt svaromål i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB, gjort gällande att ingen privat investerare skulle ställa kapital till ett företags förfogande och acceptera att endast få ersättning för en del av kapitalet med motiveringen att beloppet överstiger företagets verkliga behov.

56 Vad gäller den omständigheten att ersättningen skulle utgå på grundval av delbelopp som avtalats mellan parterna, oberoende av huruvida Helaba hade utnyttjat dessa belopp fullt ut eller ej, har Bundesverband gjort gällande att det inte fanns någon klausul i avtalet som förbjöd Helaba att använda det omtvistade tillskottet för att expandera sin verksamhet i en utsträckning som översteg referensbeloppen. Bundesverband anser följaktligen att upprättandet av dessa referensbelopp inte utgjorde en fördel för delstaten Hessen, eftersom det kunde antas att Helaba skulle använda ett högre belopp för att täcka sin verksamhet. Bundesverband anser vidare att en privat investerare skulle ha krävt ersättning för den fördel vad gäller kreditbetyg som Helaba kunde dra nytta av på grund av ökningen av dess primärkapital.

57 Kommissionen har, med stöd av delstaten Hessen och Helaba, bestritt dessa argument.

c) Tribunalens bedömning

58 Tribunalen konstaterar inledningsvis, i likhet med vad Bundesverband själv har medgett under förhandlingen, att frågan vilka andra investeringsalternativ som skulle ha kunnat vara av intresse för delstaten Hessen saknar betydelse i förevarande mål. Frågan gäller nämligen inte huruvida delstaten Hessen skulle ha kunnat få en högre avkastning på den särskilda fondens medel genom att investera dem på ett annat sätt eller i ett annat företag, utan huruvida delstaten, genom att investera den särskilda

fondens medel i Helaba på de avtalade villkoren, gav Helaba en fördel som banken inte hade kunnat erhålla på något annat sätt.

59 Det ska vidare påpekas att det är ostridigt att en privat investerare som ställer sitt kapital till en banks förfogande för att användas som primärkapital och som därför avstår från nyttjanderätten och utsätter sig för risken att förlora detsamma, skulle kräva ersättning för hela det överförda kapitalet. Kommissionen fann således i det angripna beslutet att ersättning skulle betalas för hela det omtvistade tillskottet från den första dagen då det införlivades i Helaba. Det var nämligen från och med denna tidpunkt som delstaten Hessen riskerade att förlora kapitalet och som Helaba kunde dra nytta av detsamma (skälen 142, 155, 191 och 192 i det angripna beslutet).

60 Kommissionen ansåg emellertid att en privat investerare skulle ha accepterat en ersättning till två olika räntesatser, beroende på vilken funktion varje del av det omtvistade tillskottet fyller (skälen 142, 143 och 191–193 i det angripna beslutet). Kommissionen ansåg således att en privat investerare dels skulle ha accepterat den ersättning som avtalats mellan delstaten Hessen och Helaba för den del av det omtvistade tillskottet som kunde användas av banken för expansion av dess konkurrensutsatta verksamhet, dels skulle ha krävt en ersättning på 0,3 procent för resterande del av det omtvistade tillskottet, särskilt på grund av den fördel för Helaba vad avser kreditbetyg som tillskottet innebar genom att det från början togs upp som primärkapital. Eftersom delstaten Hessen inte hade krävt ersättning för den del av det omtvistade tillskottet som inte kunde antas användas för att expandera Helabas konkurrensutsatta verksamhet, fann kommissionen att det för perioden den 31 december 1998–31 december 2003 förekommit statligt stöd med ett belopp om 6,09 miljoner euro och förordnade om att Förbundsrepubliken Tyskland skulle återkräva stödet.

61 Bundesverband har kritiserat kommissionens bedömning att en privat investerare under de aktuella omständigheterna skulle ha accepterat den progressiva modellen, och följaktligen också att en del av kapitalet under de första åren inte skulle ha gett upphov till en lika hög ersättning som resten av den särskilda fonden, eftersom denna

del i tillsynshänseende kunde användas för att täcka Helabas konkurrensutsatta verksamhet, det vill säga den del av det omtvistade tillskottet som översteg delbeloppen enligt den progressiva modellen och som inte behövdes för att täcka den särskilda fondens verksamhet för att främja socialt bostadsbyggande.

62 Bundesverband har för det första, i likhet med vad kommissionen själv har medgett i det angripna beslutet och slagit fast i WestLB-ärendet, gjort gällande att en privat investerare inte skulle acceptera att avkastningen är beroende av det belopp av det egna kapitalet som faktiskt används.

63 Tribunalen konstaterar att basen för den mellan parterna överenskomna ersättningen inte, ens under de första åren efter det omtvistade tillskottet, var beroende av det belopp av tillskottet som faktiskt användes. Det framgår nämligen av det angripna beslutet att Helaba var skyldig ersätta delstaten Hessen för hela de avtalade delbeloppen, oberoende av huruvida de faktiskt användes för att expandera bankens konkurrensutsatta verksamhet. Vid utgången av den period då den progressiva modellen skulle tillämpas, det vill säga från och med 2003, skulle den mellan parterna avtalade ersättningen utges på hela det omtvistade tillskottet, med undantag för den del som skulle garantera verksamheten för att främja socialt bostadsbyggande. Detta skulle ske oberoende av det belopp som Helaba faktiskt använt för att täcka sin konkurrensutsatta verksamhet. Det angripna beslutet står således i överensstämmelse med den princip som Bundesverband har åberopat, nämligen att en privat investerare inte skulle acceptera att avkastningen är beroende av det belopp av det egna kapitalet som faktiskt används.

64 Bundesverband har för det andra anfört att den differentiering som kommissionen har gjort genom att skilja mellan huruvida kapitalet – som i förevarande fall – inte är avsett att användas till att expandera verksamheten därför att banken i förväg meddelade att den inte behövde kapitalet och inte skulle komma att använda det, eller huruvida det kan användas fritt, saknar betydelse för en investerare, eftersom denne i båda fallen inte längre förfogar över kapitalet. Bundesverband har gjort gällande att avtalet mellan delstaten Hessen och Helaba under alla omständigheter inte skyddar

delstaten, eftersom avtalet inte innehåller något åtagande från Helaba att enbart använda det överförda kapitalet inom de överenskomna delbeloppen.

65 Vad avser Bundesverbands påstående att det för investeraren saknar betydelse att Helaba tillkännagav att banken inte omedelbart hade behov av kapitalet i sin helhet, ska det erinras om att enligt rättspraxis (se punkt 36 ovan) kan frågan huruvida en transaktion har skett på marknadsmässiga villkor inte bedömas med utgångspunkt från en enda investerare, utan ska bedömas med hänsyn till samspelet mellan de olika ekonomiska aktörerna och det sammanhang i vilket transaktionerna ägt rum.

66 Bundesverband har emellertid inte anfört några argument som gör det möjligt att sluta sig till att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att, i en situation som i likhet med den aktuella kännetecknas av dels att delstaten Hessen önskade investera icke-likvida tillgångar som den inte ville dela upp, dels att Helaba varken på kort eller medellång sikt hade behov av kapital i den särskilda fondens storleksordning, en privat investerare inte skulle ha lyckats att från banken omedelbart få ersättning för hela det omtvistade tillskottet i nivå med den räntesats som getts för bankens verksamhetsexpansion. Bundesverband har tvärtom själv påstått att Helaba troligen agerat förnuftigt genom att insistera på den progressiva modellen.

67 Det förefaller under alla omständigheter inte uppenbart felaktigt att anse att en bank inte skulle acceptera att betala en ränta motsvarande ersättningen för verksamhetsexpansionen för kapital som banken i förväg vet att den inte kan använda för att expandera sin konkurrensutsatta verksamhet. Det är nämligen så att detta kapital visserligen, i likhet med vad kommissionen har angett, skulle göra det möjligt för banken att stärka sin soliditet eller förhindra att den minskades och, följaktligen, att minska eller bibehålla sina finansieringskostnader, men det ger inte banken ytterligare intäkter till följd av nya transaktioner.

68 Under de aktuella omständigheterna skulle en privat investerare i samma situation som delstaten Hessen ha varit tvungen att beakta att för Helaba fyllde inte den del av tillskottet som banken inte kunde använda samma ekonomiska funktion som den del som banken kunde använda, på grund av att den enligt tillsynsreglerna inte omedelbart kunde använda hela det omtvistade tillskottet för utveckling av sin konkurrensutsatta verksamhet.

69 Denna omständighet rättfärdigade visserligen inte att delstaten Hessen avsade sig all ersättning för det kapital som Helaba inte kunde använda, men som likväl överförts för att inte dela upp den särskilda fonden. Då detta kapital från den första dagen fyllde funktionen att garantera Helabas skulder var det från denna tidpunkt förenat med en viss risk för förlust och gav Helaba en fördel vad gäller kreditbetyg och anseende. Det var just i syfte att säkerställa en ersättning för den risk som delstaten Hessen löpte och den fördel som Helaba erhöll som kommissionen krävde att en ersättning på 0,3 procent per år skulle utgå för denna del av det omtvistade tillskottet.

70 Den omständigheten att avtalet saknar bestämmelser enligt vilka Helaba åtar sig att inte använda belopp som överstiger avtalade delbelopp för expansionen av bankens konkurrensutsatta verksamhet kan inte leda till slutsatsen att kommissionens bedömning, enligt vilken den del av det omtvistade tillskottet som överstiger dessa intervaller inte fyller funktionen att utveckla en affärsverksamhet, är uppenbart felaktig. Delstaten Hessen hade nämligen fått igenom att delbeloppen skulle fastställas på en avsevärt högre nivå än vad som hade varit nödvändigt med hänsyn till Helabas kapitalbehov enligt verksamhetsplanen och dessutom försäkrat sig om att delbeloppen inte skulle överskridas. Det framgår nämligen av Förbundsrepubliken Tysklands yttrande, vilket återgetts i skäl 54 i det angripna beslutet och som bekräftats av Bundesverband och Helaba i deras inlagor, att delbeloppen fastställdes till cirka 384 miljoner euro (1999), 614 miljoner euro (2000), 818 miljoner euro (2001), och 1,2 miljarder euro (2002), medan banken för den planerade årliga tillväxten hade behov av cirka 150 miljoner euro per år.

71 Det ska slutligen anges att Bundesverband, vilken koncentrerat sig på delstaten Hessen i dess egenskap av investerare, inte har förklarat på vilken sätt den av kommissionen valda lösningen – att acceptera den progressiva modellen och förelägga en ersättning på 0,3 procent för den del av tillskottet som överstiger de avtalade delbeloppen – skulle medföra att Helaba ges en fördel i konkurrenshänseende som banken inte hade kunnat få på marknadsmässiga villkor.

72 Kommissionen har följaktligen inte gjort en uppenbart oriktig bedömning i det aktuella fallet genom att slå fast att den omständigheten att Helaba mellan 1999 och 2002 inte betalat en ersättning som motsvarar den verksamhetsutvidgande funktionen för den del av kapitalet som visserligen enligt tillsynsreglerna hade kunnat användas för att täcka den konkurrensutsatta verksamheten men som inte använts till detta ändamål, inte medfört en fördel som Helaba inte kunde få på marknadsmässiga villkor.

73 Denna slutsats påverkas inte av Bundesverbands argument att kommissionen genom att acceptera den progressiva modellen avvikit från sin tidigare praxis och särskilt den ståndpunkt som kommissionen försvarade i det rättsliga förfarande som rörde 1999 års beslut i WestLB-ärendet. Nämnda beslut ogiltigförklarades nämligen av förstainstansrätten i den ovan i punkt 7 nämnda domen WestLB. Det beslut som kommissionen antog efter det att det förra beslutet ogiltigförklarats, det vill säga kommissionens beslut 2006/737/EG av den 20 oktober 2004 om ett stöd som Tyskland beviljat till förmån för Westdeutsche Landesbank – Girozentrale, numera WestLB (EUT L 307, 2006, s. 22, nedan kallat 2004 års beslut i WestLB-ärendet) innehöll inte längre något föreläggande om påslag på ersättningen, ett påslag som kommissionen hade motiverat med de argument som åberopats av Bundesverband. Det kan under alla omständigheter inte anses att kommissionen har accepterat att delstaten Hessen endast delvis får ersättning för den del av det omtvistade tillskottet som från tillsynsrättslig synpunkt kan användas för att utveckla Helabas konkurrensutsatta verksamhet. Kommissionen anser nämligen i huvudsak att delstaten Hessen, efter den kompromiss som utmynnade i den progressiva modellen, inte överlät användningen av de överförda tillgångarna till Helabas affärsmässiga bedömning och att den, genom att föreskriva en ersättning på 0,3 procent för den del av det omtvistade tillskottet som översteg de föreskrivna delbeloppen, inte fick ersättning till en del utan en lämplig ersättning för varje del av tillskottet i förhållande till dess funktion för Helaba.

74 Av detta följer att talan inte kan vinna bifall på den förevarande grunden.

3. *Huruvida kommissionen felaktigt slagit fast att det omtvistade tillskottet var ett ”normalt” passivt tillskott och inte en investering i aktiekapitalet*

a) Det angripna beslutet

75 Kommissionen sammanfattade de framförda argumenten och angav att enligt Bundesverband var ”aktiekapital den enda juridiska form som enligt reglerna kunde åberopas [av Helaba] …” och att det följaktligen ”är formellt fel att likställa … [tillskottt] … med ett ’normalt’ passivt tillskott”. Kommissionen angav även att det omtvistade tillskottet ekonomiskt sett uppvisar så många gemensamma drag med aktiekapital att en investerare skulle ha begärt en för aktiekapital motsvarande ersättning. Enligt Förbundsrepubliken Tyskland ”kunde man dessutom använda den rättsliga formen av ett passivt tillskott med obegränsad löptid” (nedan kallad perpetual) (skälen 127 och 128 i det angripna beslutet).

76 Kommissionen noterade för det första att det passiva tillskottet uttryckligen definierades som ett sådant i avtalet mellan delstaten Hessen och Helaba och att det även godkändes som ett sådant av behöriga tyska myndigheter (skäl 129 i det angripna beslutet).

77 För det andra påpekade kommissionen att vad gäller riskanalysen ska det omtvistade tillskottet snarast jämföras med ett ”normalt” passivt tillskott, det vill säga tidsbegränsat, än med aktiekapital. Kommissionen anser att den omständigheten att, som Förbundsrepubliken Tyskland förklarat med stöd av en expertrapport, det omtvistade

tillskottet i likhet med andra passiva tillskott återbetalas före aktiekapitalet i händelse av konkurs, är av grundläggande betydelse. Kommissionen tillade att delstaten Hessen i likhet med en investerare som ingår ett tidsbegränsat passivt tillskott, så länge företaget inte gör en förlust, erhåller hela den avtalade ersättningen medan en aktieägare endast får en vinstandel (skälen 130–132 i det angripna beslutet).

78 Kommissionen förklarade för det tredje varför den anser att de argument som Bundesverband anfört under det administrativa förfarandet inte påverkar denna slutsats.

79 För det första underkände kommissionen Bundesverbands argument att det omtvistade tillskottet, i likhet med vad som skedde i WestLB-ärendet, ska jämföras med investering i aktiekapitalet på grund av dess betydande volym, vilket på lång sikt lett till en ökning av Helabas primärkapital med nästan 50 procent. Kommissionen angav att Helaba utan svårighet hade kunnat täcka sitt uppskattade kapitalbehov för åren 1998–2002 genom att vid olika tidpunkter från olika institutionella investerare erhålla flera passiva tillskott på mindre belopp (skäl 133 i det angripna beslutet).

80 För det andra underkände kommissionen Bundesverbands argument att, på grund av det omtvistade tillskottet, andelen aktiekapital av Helabas egna kapital (nedan kallat aktiekapitalbuffert) inte översteg 50 procent, medan andelen hos privata kreditinstitut översteg 80 procent. Enligt kommissionen kan man inte sluta sig till att en institutionell investerare inte skulle ha genomfört det omtvistade tillskottet, eftersom Förbundsrepubliken Tyskland kunde påvisa att delstatsbankerna generellt oftare använder passiva tillskott över gränsen på 15 procent som instrument för att anskaffa kapital, delvis från privata investerare (skäl 134 i det angripna beslutet).

81 För det tredje underkände kommissionen, vad gäller hur den omständigheten att det omtvistade tillskottet har en obegränsad varaktighet påverkar risknivån, Bundesverbands argument att institutionella investerare endast skulle vara beredda att skaffa tidsbegränsade sammansatta egetkapitalinstrument eller instrument där det kan förutsättas att betalning sker, eftersom betalningsnivån ökar progressivt. Kommissionen anser att den aktuella investeringens varaktighet i första hand påverkar risken för att investeraren inte kan dra nytta av räntehöjningar på marknaden, men påverkar inte förlustrisken. Härav drog kommissionen slutsatsen att det omtvistade tillskottets varaktighet i förevarande fall inte medförde att tillskottet, i syfte att kontrollera huruvida den avtalade ersättningen var rimlig, kunde jämföras med aktieutdelning i stället för med ersättningen vid passiva tillskott (skälen 136 och 138 i det angripna beslutet).

82 Kommissionen drog härav slutsatsen att införlivandet av delstaten Hessens särskilda fond ”tvivelsutan skedde i form av ett passivt [tillskott] som har betydligt mer gemensamt med [andra passiva tillskott] än med aktiekapital”. Kommissionen påstod att ”det därför inte [finns] tillräcklig bevisning för att den juridiska formen passivt [tillskott] har missbrukats för att tillföra kapital som i den ekonomiska realiteten är aktiekapital”. Kommissionen fann att ”[u]tgångspunkten för ersättningen för det [omtvistade tillskottet] är därför ’normala’, dvs. tidsbegränsade passiva [tillskott] av en storlek som är vanlig på marknaden och där [ett påslag] ibland kan tas ut på ersättningen”(skäl 139 i det angripna beslutet).

b) Parternas argument

83 Bundesverband har gjort gällande att det omtvistade tillskottet inte skulle ha kvalificerats som ett normalt passivt tillskott och att ersättningen därför inte skulle ha jämförts med tidsbegränsade passiva tillskott som emitterats på marknaden.

84 Bundesverband har påpekat att kommissionen har undersökt huruvida den juridiska formen passivt tillskott felaktigt har använts av parterna för att kvalificera det omtvistade tillskottet i stället för en investering i aktiekapitalet och endast i andra hand undersökt det omtvistade tillskottets ekonomiska särdrag. Bundesverband har uppgett att detta resonemang är felaktigt, eftersom det i det aktuella fallet inte är fråga om huruvida det förekommit något missbruk, utan huruvida det omtvistade tillskottet från ekonomisk synpunkt uppvisar större likhet med andra passiva tillskott som emitterats på marknaden eller med en investering i aktiekapitalet.

85 Bundesverband anser, i motsats till vad kommissionen kom fram till, att det omtvistade tillskottet uppvisar rättsliga och ekonomiska skillnader i förhållande till den bolagsrättsliga formen passivt tillskott, eller i förhållande till tidsbegränsade passiva tillskott som emitterats på marknaden och som godkänts som primärkapital samt att tillskottet är konstruerat på ett särskilt sätt vilket gör att det inte går att göra en jämförelse med de passiva tillskott som kommissionen har valt för detta ändamål. Bundesverband anser vidare att kommissionen inte tagit den tidpunkt då det omtvistade tillskottet genomfördes till utgångspunkt för sin bedömning och att den dessutom gjort en oriktig bedömning av situationen på marknaden vid denna tidpunkt.

86 För det första, vad gäller det omtvistade tillskottets rättsliga särdrag, har Bundesverband gjort gällande att det inte formellt sett utgör ett ”normalt” passivt tillskott i den mening som avses i tysk bolagsrätt, särskilt på grund av att det tillkom för att uppfylla de lagstadgade villkoren och villkoren i Sydneyförklaringen för att kunna betraktas som primärkapital hos Helaba, och detta utöver gränsen på 15 procent.

87 För det andra, vad gäller det omtvistade tillskottets ekonomiska särdrag har Bundesverband angett fem omständigheter som medför att tillskottets riskprofil uppvisar större likheter med riskprofilen för investeringar i aktiekapitalet än för tidsbegränsade passiva tillskott, nämligen dess volym, dess garantifunktion, dess

avkastningsprofil, skyddet för investerat kapital, dess varaktighet samt avsaknaden av avyttringsmöjlighet.

88 För det tredje, vad gäller situationen på marknaden vid tidpunkten då tillskottet gjordes, har Bundesverband gjort gällande att kommissionen har åsidosatt kriteriet avseende en privat investerare genom att välja en felaktig referensperiod. Bundesverband har således hävdat att kommissionen har grundat sin slutsats att det omtvistade tillskottet ska jämföras med tidsbegränsade passiva tillskott på uppgifter om privata bankers praxis under tiden efter det omtvistade tillskottet.

89 Bundesverband har vidare invänt mot kommissionens påståenden enligt vilka det dels, vid tiden för det omtvistade tillskottet skulle ha funnits en utvecklad marknad för sammansatta egetkapitalinstrument i Tyskland, dels att Helaba även skulle ha kunnat täcka sitt kapitalbehov genom att emittera passiva tillskott i flera mindre delar. Bundesverband har särskilt gjort gällande att frågan inte gäller vad Helaba skulle ha kunnat göra för att skaffa kapital, utan huruvida en privat investerare skulle ha gett ett tillskott av samma karaktär och på samma villkor som det omtvistade tillskottet.

90 Kommissionen och intervenienterna har bestritt dessa argument.

c) Tribunalens bedömning

91 Det är lämpligt att inledningsvis klargöra parternas inställning till vilken betydelse den rättsliga form som Helaba och delstaten Hessen valt för det omtvistade tillskottet har för avgörandet av förevarande tvist.

92 Det framgår av det angripna beslutet, särskilt skälen 127, 128 och 139 (se punkterna 75 och 82 ovan), att kommissionen har tolkat de argument som Bundesverband har framfört under det administrativa förfarandet så, att de avser att visa att parterna missbrukat den rättsliga formen passivt tillskott.

93 Bundesverband har i sin talan invänt mot denna tolkning och gjort gällande att det från sammanslutningens sida aldrig gjorts gällande att det omtvistade tillskottet rättsligt sett skulle utgöra aktiekapital. Bundesverband har hävdat att den under det administrativa förfarandet gjorde gällande att det omtvistade tillskottet genom sin faktiska uppbyggnad på det ekonomiska planet skiljer sig avsevärt från ett passivt tillskott och att det uppvisar en stark likhet med aktiekapital, vilket får till följd att en privat investerare skulle ha krävt en ersättning för detta tillskott som motsvarar riskprofilen för aktiekapital. Bundesverband har vidare undersökt det omtvistade tillskottets rättsliga karaktär och har gjort gällande att kommissionens påstående att detta tillskott kan jämföras med ”normala” passiva tillskott inte håller vid en fördjupad analys av dess rättsliga uppbyggnad och att det uppvisar betydande särdrag i förhållande till sådant ”normalt” passivt tillskott som motsvarar den bolagsrättsliga modellen.

94 Det framgår emellertid av parternas samtliga inlagor att frågan huruvida kommissionen har gjort en riktig tolkning av Bundesverbands argument under det administrativa förfarandet inte utgör det verkliga föremålet för denna tvist. Det framgår nämligen av parternas argument att de är ense om att delstaten Hessen och Helaba i rättsligt hänseende kvalificerat det omtvistade tillskottet som ett passivt tillskott och att de tyska myndigheterna godkänt denna bedömning. De är även ense om att det omtvistade tillskottets särdrag inte hindrade att delstaten Hessen och Helaba använde sig av den rättliga formen passivt tillskott.

95 Parterna har således koncentrerat sina argument om hur det omtvistade tillskottet ska kvalificeras, för att fastställa referenstransaktioner, till frågan huruvida tillskottet med avseende på riskprofilen uppvisar sådana likheter med aktiekapital att en privat investerare skulle ha krävt ersättning motsvarande aktiekapital, eller huruvida

det uppvisar större likheter med tidsbegränsade passiva tillskott som godkänts som primärkapital, så att ersättningen kan jämföras med den som utgår för dessa passiva tillskott.

96 Jämförelsen mellan det omtvistade tillskottet och andra sammansatta instrument utgör en ekonomiskt tämligen komplicerad fråga, beträffande vilken kommissionen har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning (domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB, punkt 351).

97 Kvalificeringen av det omtvistade tillskottet som ett tidsbegränsat passivt tillskott eller som investering i aktiekapitalet utgör vidare endast ett analysverktyg som kommissionen använder vid tillämpningen av artikel 87.1 EG (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB, punkt 250).

98 Kommissionens bedömning i detta avseende gör det således inte möjligt att med automatik fastställa att det förekommer statligt stöd och omfattningen av detta, utan den utgör endast en utgångspunkt för dess bedömning. Genom denna utgångspunkt är det möjligt att beakta de villkor till vilka privata investerare har genomfört transaktioner som i så stor utsträckning som möjligt liknar den omtvistade. Kommissionens slutsats avseende denna fråga medför följaktligen inte att den befrias från skyldigheten att göra en fullständig analys av samtliga relevanta omständigheter avseende den omtvistade transaktionen och dess sammanhang. I denna analys ingår även en bedömning av det gynnade företagets och den berörda marknadens situation för att kontrollera huruvida företaget får en ekonomisk fördel som det inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB, punkterna 251 och 257).

99 Parternas argument avseende det omtvistade tillskottets olika särdrag ska bedömas, i förstone dem som kommissionen i huvudsak lade till grund för sin bedömning att ersättningen för det omtvistade tillskottet skulle jämföras med ersättningen för tidsbegränsade passiva tillskott. Därefter ska en prövning ske av de argument som

kommissionen inte ansåg utgöra hinder för nämnda jämförelse och slutligen av de argument rörande det omtvistade tillskottets särdrag som inte åberopades under det administrativa förfarandet eller undersöktes i det angripna beslutet. Bundesverbands kritik avseende den referensperiod som kommissionen beaktade vid tillämpningen av kriteriet avseende en privat investerare ska även undersökas.

De särdrag vilka kommissionen lade till grund för sin bedömning att ersättningen för det omtvistade tillskottet skulle jämföras med ersättningen för tidsbegränsade passiva tillskott

— Förlustrisk vid konkurs eller likvidation

100 Kommissionen ansåg att det omtvistade tillskottet medförde samma risk i händelse av konkurs eller likvidation som tidsbegränsade passiva tillskott som emitterats på marknaden, eftersom det i ett sådant fall skulle återbetalas före aktiekapitalet. Kommissionen grundade sig i detta avseende på bestämmelserna i avtalet och på en expertrapport som ingetts av Förbundsrepubliken Tyskland (skäl 131 i det angripna beslutet).

101 De relevanta bestämmelserna i avtalet är artiklarna 3 och 9. I artikel 3, som avser ”Förlustfördelning”, föreskrivs i andra stycket följande:

”Förhållandet mellan tillskottsgivaren och andra som investerat i det egna kapitalet i den mening som avses i 10 § [lag om kreditväsendet (Kreditwesengesetz) (nedan kallad KWG)] ska avgöras av den kronologiska ordning i vilken kapital tillförts banken, vilket innebär att fordringar på kapital som tillskjutits tidigare ska ha förmånsrätt. Om tillskott skett samtidigt ska dessa fördelas i förhållande till de andelar av det egna garantikapitalet som de motsvarar i den mening som avses i 10 § fjärde och femte

styckena [KWG]. För tillskott enligt 10 § fjärde stycket [KWG] ska det relevanta datumet vara då tillskottet genomfördes och för andelsrätter den dag de började gälla."

102 I artikel 9, som avser "Sämre förmånsrätt", föreskrivs följande:

"I den händelse banken skulle försättas i konkurs eller likvidation ska återbetalning inte ske – om inte annat anges i artikel 3.2 … – innan samtliga bankens fordringsägare fått betalt, med undantag av privata investerare med sämre förmånsrätt, i enlighet med 10 § [KWG]."

103 I den expertrapport som ingetts av Förbundsrepubliken Tyskland anges följande:

"Artikel 3.2 i avtalet ändrar inte på något sätt det passiva tillskottets lagstadgade förmånsrätt ur ett eventuellt överskott vid konkurs eller likvidation. Detta framgår redan av bestämmelsens systematik. I andra meningen omnämns endast eget kapital i den mening som avses i 10 § fjärde och femte styckena [KWG] och i tredje meningen definieras tidpunkten för fastställande av den kronologiska ordningen vad avser denna bestämmelse endast med avseende på passiva tillskott och ägarandelar."

104 Bundesverband har för det första gjort gällande att ett passivt tillskott visserligen i princip ska återbetalas före aktiekapitalet, men huruvida detta även gäller för det omtvistade tillskottet är en öppen fråga mot bakgrund av avtalstexten. Bundesverband har vidare hävdat att det för denna är oklart på vilka omständigheter slutsatserna i den expertrapport som åberopats av kommissionen har grundats, nämligen att det omtvistade tillskottet ska återbetalas före aktiekapitalet, vilket är tvärtemot vad som anges i avtalet. Bundesverband har i sin replik angett att eftersom fordringsägarna som har bidragit med primärkapital, i enlighet med artiklarna 3.2 och 9

i avtalet, ska återbetalas i kronologisk ordning i förhållande till sina tillskott, måste delstaten Hessen ha varit införstådd med att den skulle vara den sista att få betalt vid Helabas konkurs eller likvidation, inte endast efter ”vanliga” fordringsägare, utan även efter samtliga som investerat i primärkapitalet och således även efter dem som investerat i aktiekapitalet.

105 Det ska konstateras att det i avtalet inte anges uttryckligen att det omtvistade tillskottet ska återbetalas efter aktiekapitalet. Hänvisningen till ”andra investerare i den mening som avses i 10 § [KWG]” i första meningen i artikel 3.2 i avtalet ger upphov till en svårighet i tolkningen vad gäller frågan huruvida företrädet som avser kapital som tillskjutits tidigare även omfattar aktiekapitaltillskott.

106 Bundesverband har visserligen i vissa delar av sina inlagor påstått att det i avtalet föreskrivs att det omtvistade tillskottet ska återbetalas efter aktiekapitalet, men har även i sin ansökan gjort gällande att frågan huruvida den dispositiva lagregeln enligt vilken passiva tillskott ska återbetalas före aktiekapitalet ska tillämpas på det omtvistade tillskottet förblir öppen. Trots att den expertrapport som omnämnts av kommissionen har delgetts Bundesverband på begäran av förstainstansrätten har Bundesverband inte framfört några argument för att bestrida den tolkning som gjorts i rapporten, att hänvisningen till ”andra investerare i den mening som avses i 10 § [KWG]” första meningen i artikel 3.2 i avtalet ska förstås mot bakgrund av andra och tredje meningen i nämnda bestämmelse, vilka avser passiva tillskott och andelsrätter, inte aktiekapital.

107 Bundesverbands argument kan mot denna bakgrund inte leda till slutsatsen att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att mot bakgrund av den expertrapport som ingetts av Förbundsrepubliken Tyskland anse att det omtvistade tillskottet ska återbetalas före aktiekapitalet vid konkurs eller likvidation. Enbart den omständigheten att Bundesverband gör en annan tolkning av avtalet än den som görs

i expertrapporten, av kommissionen och av parterna till det omtvistade tillskottet, är inte i sig tillräcklig för att anse att det förekommit en uppenbart oriktig bedömning.

108 Bundesverband har för det andra gjort gällande att även om det omtvistade tillskottet ska återbetalas före aktiekapitalet är förlustrisken densamma som för aktiekapital, eftersom fordringsägare med sämre förmånsrätt och de som investerat i aktiekapitalet i praktiken inte får någon utdelning i en konkurs.

109 Det är tillräckligt att konstatera att även om det skulle antas att samtliga konkurser inom banksektorn skulle medföra en total förlust av kapitalet för såväl ägare som fordringsägare med sämre förmånsrätt, något som kommissionen och intervenienterna har bestritt, är detta särdrag gemensamt för alla passiva tillskott som godkänts som primärkapital, eftersom samtliga med nödvändighet är fordringar med sämre förmånsrätt. Härav följer att även om detta är ett särdrag som det omtvistade tillskottet har gemensamt med aktiekapital, särskiljer det inte det omtvistade tillskottet från passiva tillskott som godkänts som primärkapital.

110 Bundesverbands argument kan under dessa omständigheter inte medföra att kommissionen ska anses ha gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att risken vid konkurs eller likvidation var densamma för det omtvistade tillskottet som för passiva tillskott.

— Avkastningsprofil

111 Kommissionen ansåg att det omtvistade tillskottet utgjorde ett passivt tillskott, eftersom delstaten Hessen i likhet med den som investerat i ett tidsbegränsat passivt tillskott – så länge företaget inte går med förlust – skulle erhålla hela den avtalade

ersättningen, medan den som investerar i aktiekapital endast kan göra anspråk på vinstutdelning (skäl 132 i det angripna beslutet).

112 Bundesverband har kritiserat denna bedömning och har gjort gällande att såväl fast som rörlig ersättning kan användas för aktiekapital och för passiva tillskott, och att såväl den ena som den andra kan visa sig vara förmånligast, beroende på bankens resultat. Bundesverband har påpekat att kommissionen i WestLB-ärendet jämförde den där aktuella transaktionen med en investering i aktiekapitalet, trots att ersättningen i fråga var fast. Bundesverband har tillagt att det viktigaste från investerarens synpunkt i vilket fall som helst är att veta huruvida ersättningen är beroende av att vinst uppnås. Bundesverband anser att detta är fallet här, eftersom delstaten Hessen erhåller hela ersättningen endast om Helabas vinst minst uppgår till ersättningens storlek och inte behövs för att fylla på det egna kapitalet.

113 Vad inledningsvis gäller frågan huruvida ersättningen är fast eller rörlig, konstaterar tribunalen att frågan i förevarande fall inte gäller vilken ersättning som är mest förmånlig i ett visst fall, utan att avgöra huruvida kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att den omständigheten att den mellan parterna avtalade ersättningen är fast och i princip ska betalas så snart som Helaba inte går med förlust medför att det omtvistade tillskottet uppvisar större likhet med tidsbegränsade passiva tillskott än med aktiekapital, eftersom denna ersättningsmetod är typisk för passiva tillskott.

114 Helaba har på ett relevant sätt gjort gällande att även i de fall där ersättningen för aktiekapital är fast är den faktiska utdelningen till bankens investerare alltid rörlig. Det är nämligen så att eftersom den vinst som överstiger den fasta ersättningen medför att bankens reserver ökar och dessa ska betalas ut vid likvidation eller har en positiv inverkan på aktiernas värde, överstiger aktieägarnas vinst den erhållna ersättningen. Eftersom det slutliga beloppet under dessa omständigheter inte kan förutses medför detta att den slutliga ersättningen för investeringen blir rörlig.

115 Helaba har även, utan att motsägas av Bundesverband, påpekat att i den studie avseende hybridprimärkapital som Bundesverband själv har ingett anges att den bästa formen av primärkapital är aktiekapital, eftersom detta bland annat inte ger upphov till fasta betalningsförpliktelser.

116 Härav följer således, även om så inte alltid är fallet, att det faktiskt är vanligt med fast ersättning vid passiva tillskott och att kapital ersätts med rörlig utdelning. Det är under alla omständigheter obligatoriskt att betala ut ersättningen för passiva tillskott så fort som förutsättningarna enligt avtalet är uppfyllda, medan ägarna kan använda vinsten på olika sätt, såsom avsättning till reserver eller vinstutdelning. Hur vinsten används beror i princip på aktieägarmajoritetens vilja.

117 Denna slutsats påverkas inte av Bundesverbands argument avseende 1999 års beslut i WestLB-ärendet. Detta beslut ogiltigförklarades av förstainstansrätten i domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB. I den mån som Bundesverbands argument kan förstås så, att det avser 2004 års beslut i WestLB-ärendet, innebär dessutom inte den omständigheten – att kommissionen fann att ersättningen för det kapital som överförts genom den aktuella transaktionen skulle jämföras med ersättningen för aktiekapital – att denna transaktions avkastningsprofil är typisk för aktiekapital, utan endast att det vid en helhetsbedömning av transaktionen fanns andra tunga omständigheter som talade för att de skulle likställas. Kommissionen hade i detta avseende särskilt angett att det överförda kapitalet betraktades som primärkapital, medan de instrument som Förbundsrepubliken Tyskland föreslagit i jämförande syfte i Tyskland endast kunde användas som supplementärt kapital.

118 Vad för det andra gäller Bundesverbands argument att ersättningen är beroende av vinsten, såväl vad gäller det omtvistade tillskottet som aktiekapitalet, ska det konstateras att den omständigheten, att utbetalningen av ersättningen – även i de fall denna är fast – är beroende av att banken inte gör en förlust och att denna utbetalning inte ger upphov till en sådan förlust, gäller samtliga former av passiva tillskott som

godkänts som primärkapital, eftersom detta är vad som krävs enligt 10 § fjärde stycket [KWG]. Denna omständighet kan följaktligen inte leda till slutsatsen att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att det omtvistade tillskottet uppvisade likheter med passiva tillskott som emitterats på marknaden och som godkänts som primärkapital.

119 Storleken på den vinst som krävs för att ersättningen för det omtvistade tillskottet eller andra passiva tillskott ska kunna utbetalas är dessutom lägre än det belopp som behövs för att bankens ägare ska få utdelning. Ersättningen för passiva tillskott utgör nämligen enligt den tyska lagstiftningen en driftskostnad som följaktligen betalas före skatter och vinstutdelning. Härav följer att det är tillräckligt att banken får ett årligt överskott före skatt som motsvarar ersättningen för tillskotten för att investeraren ska få hela sin ersättning. För att aktieägarna ska få samma belopp i form av utdelning måste banken i princip få ett årligt överskott före skatt som motsvarar ersättningen för passiva tillskott, skatterna och utdelningen.

120 Det argument som Bundesverband har framfört som svar på en fråga från förstainstansrätten, enligt vilket detta särdrag inte medför att det skulle vara någon skillnad mellan det omtvistade tillskottet och passiva tillskott som emitterats på marknaden i förhållande till aktiekapitalet, eftersom ägarna kan skapa en utdelningsbar vinst även vid en årlig förlust – bland annat genom att minska reserverna – motsäger sammanslutningens argument att villkoren för utbetalning av ersättningen för det omtvistade tillskottet medför att detta uppvisar större likheter med aktiekapital än passiva tillskott som emitterats på marknaden. För att ersättningen för passiva tillskott ska kunna utbetalas krävs nämligen ett årligt överskott medan vinstutdelning kan ske även vid förlust genom att skapa en utdelningsbar vinst.

121 Dessutom måste ersättningen för passiva tillskott utbetalas så fort villkoren i avtalet är uppfyllda medan vinstutdelning efter ett bokföringsår som slutat med förlust inte

sker med automatik utan kräver godkännande av en aktieägarmajoritet. Bundesverband har som svar på en fråga från förstainstansrätten för övrigt medgett att om en bank, som gjort en förlust och inte betalat ersättningen för passiva tillskott, betalade ut vinstutdelning, skulle detta förhållande skada bankens rykte och försvåra dess möjlighet att få igenom framtida emissioner.

122 Bundesverband har under dessa omständigheter inte visat att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att det omtvistade tillskottets avkastningsprofil är typisk för passiva tillskott.

De särdrag hos det omtvistade tillskottet som enligt kommissionen inte utgör hinder för att jämföra ersättningen för det omtvistade tillskottet med ersättningen för tidsbegränsade passiva tillskott

123 Kommissionen har underkänt Bundesverbands argument avseende det omtvistade tillskottets volym, dess andel av Helabas primärkapital och tillskottets varaktighet.

— Volymen

124 Kommissionen fann att det omtvistade tillskottets betydande volym inte med nödvändighet medförde att det ska kvalificeras som aktiekapital. Kommissionen hänvisade särskilt till att Helaba under åren 1999–2002 till följd av den progressiva modellen endast kunde använda en del av de överförda medlen för att täcka sin konkurrensutsatta verksamhet. Kommissionen underkände vidare jämförelsen med WestLB-ärendet, eftersom det tillförda kapitalets volym i det ärendet endast utgjorde ett indicium

bland andra för att finna en likhet med aktiekapital. Kommissionen påstod att den även beaktat bland annat den omständigheten att tillgångarna fullt ut var utsatta för risk för förlust vid konkurs eller likvidation och att marknaden för sammansatta primärkapitalinstrument ännu inte var utvecklad i Tyskland (skäl 133 i det angripna beslutet).

125 Bundesverband har gjort gällande att det från investerarens synpunkt ska göras skillnad mellan två aspekter, nämligen emissionens totala belopp och storleken på det belopp som kan hänföras till varje investerare. Bundesverband har kritiserat kommissionen för att inte ha gjort denna åtskillnad.

126 Vad för det första gäller emissionens totala belopp har Bundesverband bestritt de motiv kommissionen har angett för att anse att emissionens betydande belopp visserligen togs i beaktande i WestLB-ärendet som ett tecken på likhet med aktiekapital men att det omtvistade tillskottets storlek i förevarande mål inte leder till en sådan slutsats. Bundesverband har således påpekat att det omtvistade tillskottet enligt dess uppfattning, i ekonomiskt hänseende fullt ut är utsatt för risk för förlust i händelse av konkurs eller likvidation, och sammanslutningen har vidare gjort gällande att en kapitalmarknad på vilken en privat investerare skulle ha genomfört en sådan investering som det omtvistade tillskottet aldrig funnits, vare sig 1998 eller senare. Bundesverband har gjort gällande att såväl kommissionen i 1999 års beslut i WestLB-ärendet som förstainstansrätten i domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB tillmätt avsevärd vikt vid den betydande volymen av tillförda medel då de kvalificerat transaktionen. Bundesverband anser att den omständigheten att det omtvistade tillskottets volym är särskilt stor och således är av stor betydelse i det aktuella fallet bekräftas genom jämförelser med de transaktioner som kommissionen angav i skäl 164 i det angripna beslutet, men även av den omständigheten att det omtvistade tillskottet utgjorde 25 procent av den totala volymen europeiska sammansatta primärkapitalinstrument år 1998.

127 Bundesverband anser för det andra att kommissionens motivering avseende den progressiva modellen inte kan godtas, eftersom en privat investerare inte skulle ha gått med på den modellen och att det är fel att anse att detta system kan delas upp i fem

mindre tillskott. Till stöd härför har sammanslutningen för det första anfört att hela det omtvistade tillskottet genast godkändes som primärkapital för Helaba och för det andra, vad gäller tillskott som getts vid olika tillfällen, att villkoren för varje tillskott var olika, medan hela det aktuella tillskottet getts till samma villkor.

128 Det ska för det första, vad gäller jämförelsen med WestLB-ärendet, erinras om att 1999 års beslut i WestLB-ärendet, på vilket Bundesverband grundat sitt påstående, ogiltigförklarades av förstainstansrätten. Kommissionen beaktade dessutom visserligen i 2004 års beslut i WestLB-ärendet, vilket beslut antogs efter ogiltigförklaringen och vilket angetts i skäl 133 i det angripna beslutet, den betydande volymen av det överförda kapitalet för att likna det i detta ärende aktuella tillskottet med aktiekapital, men den grundade sig inte på transaktionens totala volym utan på den del av Helabas primärkapital som det aktuella kapitalet utgjorde samt, vilket var avgörande, på den omständigheten att då transaktionen genomfördes utgjorde sammansatta primärkapitalinstrument inte mer än 20 procent av det egna kapitalet, de betraktades inte som primärkapital i Tyskland och de emitterades inte på obestämd tid (skälen 204, 206, 208 och 209 i 2004 års beslut i WestLB-ärendet).

129 Det omtvistade tillskottet är däremot, även om dess belopp (1,264 miljarder euro) överstiger de transaktioner som kommissionen använde för sin jämförelse, långt mindre än volymen av den transaktion som var aktuell i WestLB-ärendet (3,02 miljarder euro togs upp i balansräkningen, varav 2,05 miljarder godkändes som primärkapital) (skälen 54 och 71 i 2004 års beslut i WestLB-ärendet). Det omtvistade tillskottet gavs dessutom, i likhet med vad kommissionen har påpekat, i slutet av 1998 medan tillskottet i WestLB-ärendet härrör från 1991. Det har emellertid inte bestritts att sammansatta primärkapitalinstrument som vid slutet av år 1998 och i enlighet med den tyska lagstiftningen redan kunde godkännas som primärkapital och inte enbart som supplementärt kapital, emitterades på obestämd tid, och om de uppfyllde villkoren i Sydneyförklaringen, kunde de utgöra en betydande andel av en banks primärkapital.

130 Bundesverbands argument att förstainstansrätten i domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB tillmätt kriteriet avseende investeringens volym avsevärd betydelse ska även det underkännas. I nämnda dom fann nämligen förstainstansrätten att kommissionen hade förklarat varför skillnaderna mellan sammansatta egetkapitalinstrument och den omtvistade transaktionen var sådana att en jämförelse däremellan endast hade begränsad giltighet. Kommissionen påpekade i synnerhet att de sammansatta primärkapitalinstrument som sökandena i nämnda mål hänvisade till i allmänhet står för en mycket begränsad del av en banks eget kapital, till skillnad från de medel som överförts till WestLB. Förstainstansrätten begränsade sig således till att kontrollera att kommissionen i det aktuella fallet inte gjort en uppenbart oriktig bedömning, utan att ange att kriteriet avseende de överförda tillgångarnas volym alltid är avgörande. Förstainstansrätten angav vidare att kommissionen vid denna bedömning har ett stort utrymme för skönsmässig bedömning (domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB, punkterna 350 och 351).

131 Vad därefter gäller kommissionens motivering att Helaba till följd av den progressiva modellen endast kunde använda en del av de överförda tillgångarna för att täcka sin konkurrensutsatta verksamhet under åren 1999–2002, har det i punkterna 58–73 ovan slagits fast att kommissionen inte gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att godta den progressiva modellen. Även om det är riktigt som Bundesverband har anmärkt att hela tillskottet togs upp i Helabas balansräkning samma dag som tillskottet gjordes, fann kommissionen icke desto mindre att den del som översteg de årliga delbeloppen enligt den progressiva modellen, liksom den del som skulle täcka verksamheten för att främja socialt bostadsbyggande endast fyllde en garantifunktion och inte avsåg expansionen av den konkurrensutsatta verksamheten. Följaktligen fastställdes ersättningen för tillskottet i förhållande till den ersättning som en privat investerare skulle ha krävt för en garanti och inte i förhållande till den ersättning som en sådan investerare skulle ha krävt för ett passivt tillskott som skulle ha gjort det möjligt för banken att expandera sin konkurrensutsatta verksamhet. Mot bakgrund av att passiva tillskott gör det möjligt att omedelbart expandera den konkurrensutsatta verksamheten kunde kommissionen anse – utan att därvid göra en uppenbart oriktig bedömning – att det omtvistade tillskottet med beaktande av den progressiva modellen inte motsvarade ett passivt tillskott på 1,2 miljarder euro med vilket Helaba omedelbart kunde utveckla sin affärsverksamhet, utan fem på varandra följande passiva tillskott med en volym som uppgick till mellan 180 och 380 miljoner euro.

132 Bundesverbands argument att villkoren för varje tillskott är olika när tillskotten betalas vid olika tillfällen, medan det omtvistade tillskottet getts till samma villkor, kan inte påverka denna slutsats. Bundesverband har nämligen inte förklarat varför villkoren för fem på varandra följande tillskott med nödvändighet måste vara olika.

133 Bundesverband har för det andra, vad gäller den del av emissionen som kan hänföras till varje investerare, hävdat att det också är ovanligt att emissionen inte fördelades mellan flera olika investerare, utan tecknades av en enda investerare. Bundesverband har påstått att risken för en investerare ökar progressivt med storleken på det tillskjutna kapitalet såväl i absoluta termer som i jämförelse med andra aktörer som gör mindre betydande investeringar. Bundesverband anser att det omtvistade tillskottet, som gjorts av en och samma investerare, under dessa omständigheter uppvisar likheter med en investering i aktiekapitalet.

134 Bundesverband har emellertid inte anfört några som helst omständigheter till stöd för att det skulle vara vanligt att ersättningen till en investerare som tecknar en del av ett passivt tillskott skulle variera i förhållande till denna dels andel i hela emissionen med följd att investerare som tecknat sig för större volymer erhåller en högre ersättning än övriga. I de transaktioner som kommissionen i jämförande syfte har använt i det angripna beslutet anges dessutom endast en ersättningsnivå, och det finns ingenting som tyder på att investerare som gjort en större investering skulle erhålla en högre ersättning. Bundesverband har dessutom inte förklarat på vilket sätt den ökade risk som delstaten Hessen löper genom att inte vilja dela upp den särskilda fonden gör investeringen mer lik en investering i en banks aktiekapital. En investering i aktiekapitalet kännetecknas nämligen inte nödvändigtvis av dess storlek och en aktieägare kan teckna sig för såväl en högre volym i absoluta termer som i förhållande till hela kapitalet.

135 Bundesverbands argument kan under dessa omständigheter inte leda till slutsatsen att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att det

omtvistade tillskottets volym inte hindrade bedömningen att detta uppvisade större likheter med passiva tillskott som emitterats på marknaden än med aktiekapital.

— Aktiekapitalbuffert

136 Kommissionen ansåg att den begränsade storleken på Helabas aktiekapitalbuffert inte medförde att det kunde uteslutas att en privat investerare skulle ha genomfört en med det omtvistade tillskottet jämförbar investering i form av ett passivt tillskott. Kommissionen grundade sig i detta avseende på den omständigheten att Landesbanken, som i egenskap av offentligrättsliga organ inte kan erhålla kapital på finansmarknaderna, använder sig av passiva tillskott i större utsträckning än de privata bankerna. Kommissionen angav att investerare, däribland vissa privata, är mer benägna att acceptera en mindre aktiekapitalbuffert vad gäller Landesbanken på grund av att deras riskstruktur är bättre (skäl 134 i det angripna beslutet).

137 Bundesverband har gjort gällande att även om kommissionen har åberopat den omständigheten att Helabas aktiekapitalbuffert är lägre i förevarande fall än för de privata bankerna, har kommissionen bortsett från fyra särdrag som medför att det omtvistade tillskottet får en särskild garantiegenskap och som gör att det framstår som ett medel – liknande aktiekapital – för att långfristigt säkerställa Helabas kapitalbas. Bundesverband har vidare kritiserat kommissionens bedömning enligt vilken Helabas begränsade kapitalbas inte gjorde det möjligt att utesluta att en privat investerare skulle ha genomfört en med det omtvistade tillskottet jämförbar investering i form av ett passivt tillskott.

138 Vad gäller de fyra särdrag som medför att det omtvistade tillskottet får en särskild egenskap som garanti, har Bundesverband för det första angett att tillskottet utgör en onormalt stor andel av Helabas primärkapital, nämligen 40 procent. För det andra har Bundesverband påstått att denna höga andel av Helabas primärkapital tecknats av

en enda investerare medan, vad gäller de passiva tillskott som kommissionen använt i sin jämförelse, ingen investerare hade en andel som översteg en procent. För investeraren var aktiekapitalbufferten således 99 procent i det fall av passivt tillskott som kommissionen använde i sin jämförelse och 60 procent för det omtvistade tillskottet. Bundesverband har för det tredje påpekat att hela detta tillskott har betraktats som primärkapital och inte enbart som eget kapital. För det fjärde har Bundesverband gjort gällande att hela det omtvistade tillskottet betraktades som Helabas primärkapital och inte endast primärkapital för den koncern som banken tillhörde, vilket gav Helaba en större flexibilitet vid användandet av tillskottet, med följd att en privat investerare skulle ha krävt en högre ersättning.

139 Tribunalen konstaterar inledningsvis att det omtvistade tillskottet i sig självt faktiskt utgör en mycket betydande andel av Helabas egna kapital, medan tidsbegränsade passiva tillskott enligt Sydneyförklaringen inte kan utgöra mer än 15 procent av primärkapitalet. Detta förhållande utgör tveklöst en skillnad mellan det omtvistade tillskottet och tidsbegränsade passiva tillskott.

140 Vidare medför inte den omständigheten att det omtvistade tillskottet tecknats av en enda investerare som på grund därav innehar 40 procent av Helabas egna kapital att ett passivt tillskott, från ekonomisk synpunkt, kan betraktas som aktiekapital, på samma sätt som den omständigheten att en investerare innehar en obetydlig del av aktiekapitalet inte kan medföra att investeringen inte betraktas som en investering i aktiekapitalet.

141 Den andel av det egna kapitalet som en investerare innehar påverkar visserligen dennes riskexponering, men kan inte påverka riskens natur eller hur investeringen ska kvalificeras ekonomiskt. De särdrag som är avgörande för att skilja mellan passiva tillskott och aktiekapital, det vill säga förmånsrättsordningen vid konkurs eller likvidation, villkoren för hur ersättningen ska betalas och de för- eller nackdelar för banken som är förknippade med den ena eller den andra av dessa tillvägagångssätt förblir således desamma oavsett hur stor den enskilda investeringen är.

142 Vad gäller den omständigheten att det omtvistade tillskottet betraktades som Helabas, och inte koncernens, primärkapital, har kommissionen och intervenienterna inte bestritt att det faktiskt rör sig om ett särdrag för detta tillskott. Den omständighet som Bundesverband har gjort gällande, nämligen att den ovannämnda kvalificeringen medför att Helaba får en ökad flexibilitet vid användningen av kapitalet, innebär emellertid inte att det omtvistade tillskottet ska anses ha en högre riskprofil än passiva tillskott eller uppvisa likheter med aktiekapital.

143 Det kan slutligen konstateras att Bundesverband endast har påpekat omständigheten att det omtvistade tillskottet i sin helhet har ansetts utgöra primärkapital utan att närmare utveckla sin argumentation. Denna omständighet följer av att det omtvistade tillskottet är konstruerat som en ”perpetual” utan räntehöjningsklausul (nedan kallad step up-klausul), varför det ska bedömas i samband med bedömningen av det omtvistade tillskottets varaktighet (se punkterna 150–154 nedan).

144 Tribunalen övergår därefter till att pröva kommissionens bedömning att den begränsade aktiekapitalbufferten inte gjorde det möjligt att utesluta att en privat institutionell investerare skulle ha genomfört en med det omtvistade tillskottet jämförbar investering i form av ett passivt tillskott. Bundesverband har i detta avseende hävdat att den omständigheten att Landesbanken oftare använder sig av passiva tillskott inte innebär att investerare avstår från en lämplig ersättning. Under alla omständigheter tecknas sådana passiva tillskott av Landebankens offentliga ägare och inte av privata investerare, och kommissionen kunde inte använda sig av dessa i jämförande syfte. Vad avser kommissionens påstående att investerare är mer benägna att acceptera en lägre aktiekapitalbuffert i Landesbanken på grund av att deras riskstruktur är bättre, har Bundesverband gjort gällande att en jämförelse av kreditbetygen mellan Landesbanken och privata banker inte visar att riskstrukturen är mindre bra hos Landesbanken.

145 Frågan gäller, i likhet med vad Bundesverband har angett, inte huruvida det omtvistade tillskottet skulle ha kunnat emitteras på marknaden trots en aktiekapitalbuffert på endast 60 procent, utan huruvida denna omständighet får till följd att det omtvistade

tillskottet mot bakgrund av dess riskprofil uppvisar större likheter med tidsbegränsade passiva tillskott eller med aktiekapital och medför krav på högre ersättning.

146 Det framgår av handlingarna i målet att passiva tillskott endast utgjorde en liten del av bankernas primärkapital före Sydneyförklaringen. Det var först efter denna förklaring i oktober 1998 som det klargjordes att sammansatta egetkapitalinstrument kan godkännas som primärkapital även över gränsen på 15 procent och som villkoren för ett sådant godkännande preciserades. Det kan därför antas att vid tidpunkten då parterna slutligen enades om det omtvistade tillskottet i december 1998 hade följderna av Sydneyförklaringen vad gäller andelen primärkapital som kan uppnås genom sammansatta egetkapitalinstrument, och följaktligen vad gäller aktiekapitalbuffert, ännu inte framträtt på marknaden.

147 Det framgår emellertid av det angripna beslutet (skälen 129 och 134) att såväl privata banker som Landesbanken ökade andelen sammansatta egetkapitalinstrument i sitt primärkapital och att denna ökning var särskilt betydande bland Landesbanken. Det framgår även av det angripna beslutet (skälen 179 och 180) att sammansatta egetkapitalinstrument som emitterats av banker efter Sydneyförklaringen och som uppfyllde villkoren i denna förklaring för att godkännas som primärkapital över gränsen på 15 procent inte medförde en högre ersättning än passiva tillskott som emitterats tidigare. Det framgår slutligen av det angripna beslutet (skäl 134) samt av kommissionens svar på tribunalens skriftliga fråga att det bland de investerare som tecknat passiva tillskott som emitterats av Landesbanken fanns privata investerare vilka inte begärt en högre ersättning för tillskotten med anledning av dessa bankers lägre aktiekapitalbuffert.

148 Bundesverbands argumentation kan under dessa omständigheter inte leda till att det omtvistade tillskottets riskprofil, mot bakgrund av minskningen av aktiekapitalbufferten, från ekonomisk synpunkt ska anses likna aktiekapitalets riskprofil.

149 Av det anförda följer att det saknas anledning att undersöka den kritik som framförts av Bundesverband med avseende på kommissionens påstående att investerare är mer benägna att acceptera en lägre aktiekapitalbuffert avseende Landesbanken på grund av dessas lägre riskprofil. Skälen varför investerare är mer benägna att acceptera en lägre aktiekapitalbuffert vad avser Landesbanken saknar nämligen betydelse i förevarande mål, eftersom det har konstaterats att en lägre aktiekapitalbuffert inte hindrar privata investerare att teckna passiva tillskott i Landesbanken och inte heller medför att dessa kräver en högre ersättning än för passiva tillskott som emitterats av banker med högre aktiekapitalbuffert.

— Tillskottets varaktighet och avsaknaden av möjlighet att dra sig ur investeringen

150 Kommissionen fann i det angripna beslutet att tillskottets varaktighet och den omständigheten att det saknas möjlighet att dra sig ur investeringen inte motiverar att ersättningen för det omtvistade tillskottet ska jämföras med ersättningen för aktiekapital snarare än ersättningen för tidsbegränsade passiva tillskott och att effekten av denna omständighet ska bedömas inom ramen för beräkningen av en lämplig ersättning. Kommissionen motiverade denna bedömning genom att ange att det omtvistade tillskottets varaktighet i huvudsak medför en risk för att investeraren inte kan följa räntehöjningarna på marknaden men att den saknar betydelse för risknivån vid konkurs eller likvidation (skäl 138 i det angripna beslutet).

151 Bundesverband har gjort gällande att det inte är det omtvistade tillskottets obegränsade varaktighet som ökar dess riskprofil i förhållande till passiva tillskott som förekommer på marknaden, utan den omständigheten att delstaten Hessen inte kan dra sig ur investeringen då tillskottet inte är fungibelt och delstaten inte kan överföra rättigheterna till tredje man utan Helabas medgivande. Perpetualer som emitteras på marknaden är däremot börsnoterade, vilket medför att en investerare när som helst kan dra sig ur investeringen och därmed inte är bunden till banken på obestämd tid. Bundesverband har i sin replik kritiserat att kommissionen betraktar varaktighet

och fungibilitet som två omständigheter som inte har något samband med varandra, medan det omtvistade tillskottets riskprofil beror på samspelet mellan dessa båda särdrag med följd att delstaten Hessen inte kan dra sig ur investeringen. Bundesverband har även bestritt kommissionens argument att fungibiliteten inte är utesluten utan endast begränsad.

152 Parterna har som svar på en fråga från förstainstansrätten under förhandlingen bekräftat att det förekommer att passiva tillskott, liksom i förevarande fall, sker efter ömsesidig överenskommelse mellan emittentbanken och investerarna och som inte noteras på börsen. Härav följer att den fungibilitet som följer av att ett tillskott börsnoteras inte är typisk för samtliga passiva tillskott som tecknats av privata investerare. Det framgår emellertid inte av handlingarna i målet att tillskott som förhandlats fram genom ömsesidig överenskommelse ersätts högre än börsnoterade tillskott.

153 Under alla omständigheter särskiljer sig det omtvistade tillskottet även från investeringar i aktiekapitalet, eftersom – i likhet med vad Bundesverband gjorde gällande under det administrativa förfarande som föregick antagandet av det angripna beslutet (skäl 68 i det angripna beslutet) – en aktieägare, i vart fall i bolag med aktie- eller andelskapital som de tyska banker som emitterat de tillskott som kommissionen använt till sin jämförelse, fritt kan sälja sin investering när som helst.

154 Härav följer att, även om det skulle antas att delstaten Hessens investering inte var fungibel och att detta medför att förlustrisken vid konkurs eller likvidation ökar i förhållande till passiva tillskott, så innebär denna omständighet även att det omtvistade tillskottet skiljer sig från en investering i aktiekapitalet i de banker som emitterat de tillskott som kommissionen använt för sin jämförelse. Detta innebär inte att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att det omtvistade tillskottet ska jämföras med andra passiva tillskott som emitterats på marknaden och

inte med aktiekapital, hela tiden med beaktande av de påslag som är nödvändiga på grund av dess särdrag, särskilt de som betingas av dess varaktighet.

Särdrag hos det omtvistade tillskottet som inte åberopats under det administrativa förfarandet och som inte undersökts i det angripna beslutet

155 Bundesverband har hävdat att det omtvistade tillskottet medför en betydande förlustrisk såväl avseende ersättningen som de överförda tillgångarna, även om fallen med likvidation eller konkurs som undersökts ovan inte tas i beaktande. Bundesverband har hänvisat till den omständigheten att det omtvistade tillskottet bidrar till att täcka Helabas årliga förlust samt till den risk som delstaten Hessen löper genom att den inte får någon ersättning om Helaba gör en förlust och att de överförda medlen inte kan återvinnas.

156 Bundesverband har vad gäller täckande av förluster hävdat att det omtvistade tillskottet från ekonomisk synpunkt bidrar till att täcka förluster på samma sätt som aktiekapital, eftersom det enligt artiklarna 3.1 och 8.1 i avtalet fullt ut bidrar till att täcka en eventuell förlust för Helaba och att eventuella förluster begränsar delstaten Hessens rätt till återbetalning vid uppsägning. Bundesverband har tillagt att den omständigheten att bidrag till förlusttäckning är typisk för alla passiva tillskott saknar betydelse, eftersom nämnda omständighet ska bedömas inom ramen för det omtvistade tillskottets samtliga ekonomiska särdrag. Bundesverband anser dessutom att den omständigheten att det i artikel 4 i avtalet (klausul om betalning vid eventuella vinster) föreskrivs att vid förluster ska eventuella framtida vinster återföras till tillskottet, inte medför att delstaten Hessen kommer i en mer fördelaktig situation än en aktieägare eftersom delstaten, till skillnad från aktieägaren inte kan dra nytta av företagets värdestegring.

157 Det förhållandet att det omtvistade tillskottet ska bidra till att täcka förluster medför visserligen att det liknar aktiekapital och av nämnda skäl har det av BAKred godkänts

som primärkapital i Helaba, men detta medför inte att det omtvistade tillskottet skiljer sig från andra passiva tillskott som också har godkänts som primärkapital.

158 Det är visserligen i förevarande fall riktigt att tillskottets värde skulle minska mer i händelse av Helabas förlust än vad som skulle vara fallet med de tillskott som kommissionen använt som jämförelse. Detta beror emellertid på att det omtvistade tillskottet utgör en större andel av Helabas primärkapital än andra tillskott i de emitterande bankernas primärkapital och innebär inte ett särdrag som särskiljer det omtvistade tillskottet vad gäller dess volym i förhållande till Helabas totala primärkapital (se punkterna 136–149 ovan).

159 Vad gäller klausulen om betalning vid eventuella vinster i artikel 4 i avtalet (se punkt 156 ovan), är det möjligt att den i likhet med vad Bundesverband har gjort gällande inte medför en fördel för delstaten Hessen i förhållande till en investerare i aktiekapitalet, eftersom frågan om vilken investering som är mest förmånlig beror på omständigheterna under varje enskilt räkenskapsår. Nämnda klausul medför däremot i vilket fall som helst att det omtvistade tillskottet kan särskiljas och att det i högre utsträckning liknar ett passivt tillskott, för vilket en sådan klausul kan avtalas, än aktiekapital.

160 Under dessa omständigheter kan den omständigheten att det omtvistade tillskottet ska bidra till att täcka förluster inte anses medföra att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att jämföra ersättningen för det omtvistade tillskottet med ersättningen för tidsbegränsade passiva tillskott.

161 Bundesverband har, vad gäller den risk som delstaten Hessen löper att inte få ersättning om Helaba gör en förlust, gjort gällande att den ersättning som ska utges till delstaten utgör en betydande del av Helabas vinst och att det därför finns en risk att delstaten Hessen inte erhåller den. Bundesverband har hävdat att den ersättning som ska utges till delstaten Hessen vid tiden för det omtvistade tillskottet utgör en

betydligt större del av Helabas vinst än vad ersättningen för de tillskott som gjorts till privata banker, vilka använts som jämförelse i det angripna beslutet, utgör för var och en av dessa banker.

162 Vad gäller den risk som delstaten Hessen löper att tillskottet inte ska kunna återvinnas, har Bundesverband gjort gällande att mot bakgrund av den stora andel i Helabas primärkapital som det omtvistade tillskottet utgör kommer Helaba inte att kunna återbetala tillskottet till delstaten, eftersom vinsten inte medger att det primärkapital som förloras kan ersättas.

163 Dessa två särdrag hos det omtvistade tillskottet är huvudsakligen följden av att tillskottet utgör en större andel av Helabas primärkapital än vad som gäller för de transaktioner avseende de bankers primärkapital som används till jämförelse. I likhet med vad som konstaterats avseende förlusttäckning saknas därför anledning att undersöka dessa två särdrag var för sig (se punkt 158 ovan). Vad gäller den del av Helabas vinst år 1998 som utgör ersättning till delstaten Hessen, har Bundesverband dels inte beaktat att Helaba enligt den progressiva modellen inte behövde ersätta hela det omtvistade tillskottet – med undantag för den del som behövdes för att täcka verksamheten för att främja socialt bostadsbyggande – med en ränta på 1,4 procent förrän år 2003, dels för sin jämförelse använt sig av Helabas vinst efter skatt för år 1998 och inte dess vinst före skatt, trots att det inte bestritts att eftersom det omtvistade tillskottet är ett passivt tillskott utgör ersättningen i enlighet med den tyska lagstiftningen en driftskostnad som ska betalas före skatt.

164 Härav följer att Bundesverbands argument avseende den risk som delstaten Hessen löper att inte få ersättning vid en årlig förlust för Helaba och att de tillskjutna medlen inte kan återvinnas, inte medför att kommissionen ska anses ha gjort en uppenbart

oriktig bedömning genom att jämföra det omtvistade tillskottet med tidsbegränsade passiva tillskott.

Situationen på marknaden vid tidpunkten för det omtvistade tillskottets införlivande

165 Bundesverband har gjort gällande att kommissionen har tillämpat kriteriet avseende en privat investerare felaktigt genom att den inte vid den ekonomiska kvalificeringen av det omtvistade tillskottet tog sin utgångspunkt från det datum då detta gavs, det vill säga den 31 december 1998.

166 Bundesverband har anmärkt att kommissionen i skäl 129 i det angripna beslutet har hänvisat till praxis hos de privata banker som angetts av Förbundsrepubliken Tyskland och som sammanfattas i skälen 96 och 99 i beslutet. I dessa skäl angav kommissionen att Förbundsrepubliken Tyskland förklarat, för det första att endast några månader efter Helaba erhöll Deutsche Bank en perpeutal på kapitalmarknaden, för det andra att marknaden från 1999 inte tillmätte skillnaden mellan ekonomiska instrument som var tidsbegränsade och instrument på obestämd tid någon avgörande betydelse, för det tredje att Bundesverbands påstående att endast aktiekapital kunde komma i fråga för stora volymer motsades av storleken på de passiva tillskott som privata kreditinstitut hade erhållit på kapitalmarknaden såväl 1998 och 1999 som senare. Bundesverband har dessutom hänvisat till att i den tabell som återges i skäl 101 i det angripna beslutet beskrivs utvecklingen av den andel primärkapital i tre privata banker som utgjordes av sammansatta primärkapitalinstrument mellan åren 1998 och 2003. Bundesverband har hävdat att kommissionen då den hänvisade till tysk bankpraxis som den framlagts av Förbundsrepubliken Tyskland grundade sig på upplysningar som endast var tillgängliga under åren efter det omtvistade tillskottet.

167 Bundesverband har tillagt att vid slutet av år 1998 kunde inte delstaten Hessen förutse den kommande utvecklingen på kapitalmarknaderna vad gäller passiva tillskott och perpetualer. Bundesverband har följaktligen gjort gällande att kommissionen vid

den ekonomiska kvalificeringen av det omtvistade tillskottet endast borde ha beaktat situationen på marknaden år 1998 och inte den framtida utvecklingen på kapitalmarknaderna, vilken var okänd när det omtvistade tillskottet gjordes.

168 Tribunalen erinrar om att i enlighet med rättspraxis ska jämförelsen mellan offentliga och privata investerares handlande göras med beaktande av det förhållningssätt som en privat investerare skulle ha intagit vid den aktuella transaktionen med hänsyn till tillgänglig information och den förutsebara utvecklingen vid denna tidpunkt (förstainstansrättens dom av den 30 april 1998 i mål T-16/96, Cityflyer Express mot kommissionen, REG 1998, s. II-757, punkt 76, och domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB, punkt 246).

169 Det ska i förevarande fall för det första konstateras att den hänvisning till den praxis som förekommer bland tyska banker, som kommissionen har gjort i skäl 129 i det angripna beslutet, endast har till syfte att styrka dess tolkning av Sydneyförklaringen, enligt vilken det inte är möjligt att med stöd av denna förklaring dra slutsatsen att permanenta innovativa kapitalinstrument inte i något fall kan godkännas som primärkapital eller att de omfattas av gränsen för primärkapital på 15 procent. Kommissionen har även hänvisat till denna praxis genom att ange att den ställer sig positiv till att permanenta innovativa kapitalinstrument kan användas över denna gräns på 15 procent. Kommissionen har följaktligen inte grundat sin bedömning på dessa transaktioner, som ägt rum efter det omtvistade tillskottet, utan har endast använt dem till stöd för sin egen tolkning av Sydneyförklaringen.

170 Det ska under alla omständigheter konstateras att Bundesverband inte har förklarat varför marknadsutvecklingen efter Sydneyförklaringen inte skulle ha kunnat förutses av delstaten Hessen och Helaba när de avtalade om det omtvistade tillskottet. En sådan förklaring från kommissionens sida skulle ha varit än mer nödvändig, eftersom det framgår av det angripna beslutet att nämnda utveckling på marknaden har bekräftat den bedömning som gjordes av parterna till det omtvistade tillskottet, nämligen

dels att ersättningen för perpetualer inte behöver ske i förhållande till aktiekapitalet, dels att storleken på ett företags aktiekapitalbuffert inte påverkar ersättningsnivån.

171 Bundesverband har vidare bestritt att det vid tiden för det omtvistade tillskottet skulle ha funnits en utvecklad marknad för sammansatta primärkapitalinstrument i Tyskland, en marknad på vilken Helaba skulle ha kunnat emittera ett sådant tillskott som det omtvistade. Bundesverband har således hävdat att en perpetual utan step up-klausul, såsom det omtvistade tillskottet, inte hade kunnat emitteras under 1998 till institutionella investerare som delstaten Hessen. Det var först från och med år 2004 som institutionella investerare skulle ha accepterat att teckna sig för sådana perpetualer. Dessa perpetualer skulle dessutom ha avsett en mindre volym och de skulle ha börsnoterats. Det omtvistade tillskottet skulle inte ha kunnat emitteras senare på grund av dess volym samt på grund av att det tecknades av en enda investerare och godkändes i sin helhet som primärkapital, och detta för Helaba och inte den koncern i vilken banken ingår.

172 Bundesverband har hävdat att kommissionen, genom att påstå att Helaba skulle ha kunnat erhålla kapitalet genom att emittera mindre belopp i flera delar, har dolt denna omständighet. Bundesverband har särskilt gjort gällande att detta påstående utgör ett åsidosättande av kriteriet avseende en privat investerare, eftersom det innebär att handlandet hos en investerare som befinner sig i en annan situation än delstaten Hessen ska beaktas. Det innebär vidare att perspektiven blir förvridna, eftersom det bygger på de alternativ som Helaba skulle ha haft i framtiden och inte på frågan huruvida en privat investerare skulle ha gett Helaba ett tillskott av samma slag och till samma villkor. Bundesverband anser följaktligen att den omständigheten att marknaden för sammansatta primärkapitalinstrument i Tyskland inte utvecklats skulle ha föranlett kommissionen att anse att Helaba endast skulle ha kunnat skaffa en motsvarande mängd kapital på marknaden i form av aktiekapital.

173 Det ska konstateras att Bundesverband inte direkt har invänt mot att kommissionen i skäl 137 i det angripna beslutet har hänvisat till att en perpetual utan step up-klausul hade emitterats år 1987 och tecknats av institutionella investerare och inte framfört

några argument för att visa att kommissionen inte kunde grunda sin bedömning på denna omständighet. Bundesverband har visserligen påstått att den första emissionen av perpetualer utan step up-klausul tecknades av tyska institutionella investerare år 2004 och att den första emissionen av detta slag som gjordes av en tysk bank skedde år 2005, men dessa påståenden är inte tillräckliga för att visa att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att lägga den i skäl 137 nämnda transaktionen till grund för att underkänna argumentet att institutionella investerare inte är benägna att teckna perpetualer utan step up-klausul, med följd att det omtvistade tillskottet endast kunde jämföras med aktiekapital på grund av att det tecknats på obestämd tid.

174 Vad avser de skillnader som Bundesverband har åberopat mellan det omtvistade tillskottet och passiva tillskott som emitterats på marknaden överensstämmer dessa med de argument som redan har undersökts och underkänts.

175 Vad avser Bundesverbands argument att kommissionen har åsidosatt kriteriet avseende en privat investerare genom att påstå att Helaba hade kunnat erhålla kapital genom att genomföra emissionen i flera mindre delar, är det visserligen riktigt att det enligt kriteriet avseende en privat investerare krävs att det ska göras en bedömning av huruvida en sådan investerare skulle ha genomfört den aktuella transaktionen till samma villkor. I enlighet med ovan i punkterna 35 och 36 angiven rättspraxis är icke desto mindre syftet med en kontroll av huruvida en åtgärd utgör statligt stöd att avgöra huruvida det mottagande företaget får en ekonomisk fördel som det inte skulle ha erhållit enligt normala marknadsmässiga villkor, och i denna bedömning ska inte endast investerarens synpunkt beaktas. Bundesverband kan således inte göra gällande att frågan huruvida Helaba skulle ha kunnat erhålla samma fördelar på marknaden inte är relevant, eftersom denna fråga är av grundläggande betydelse för att avgöra vad som hade blivit följden av en förhandling mellan Helaba och en hypotetisk privat investerare i samma situation som delstaten Hessen.

176 Bundesverbands anmärkningar avseende tillämpningen av en felaktig referensperiod och en felaktig tillämpning av situationen på marknaden kan således under dessa omständigheter inte godtas.

Slutsats avseende kvalificeringen av det omtvistade tillskottet som passivt tillskott

177 Det har inte bestritts att det omtvistade tillskottet utgör ett särskilt instrument som inte helt motsvarar vare sig passiva tillskott (tidsbegränsade eller icke tidsbegränsade) som emitterats på marknaden eller aktiekapital.

178 Det framgår emellertid av undersökningen ovan att det omtvistade tillskottet liknar sådana tidsbegränsade passiva tillskott som godkänns som primärkapital på grund av följande särdrag: dess förmånsrätt vid konkurs eller likvidation, såväl i förhållande till bankens fordringsägare som ägarna, den omständigheten att det i avtalet föreskrivs en årlig ersättning vars belopp fastställs i avtalet, att ersättning inte ska utgå om banken visar en förlust i årsbokslutet, att ersättningen utgör investerarens enda vinst med anledning av tillskottet, att tillskottet inte bidrar till en värdeökning för företaget, och att Helaba är skyldigt att betala obetald ersättning året eller åren efter det att ersättningen inte betalades, att tillskottet bidrar till att täcka bankens årliga förluster och att det finns en klausul om betalning vid eventuella vinster för det fall tillskottets värde skulle minskas på grund av förluster.

179 Det omtvistade tillskottet skiljer sig däremot från sådana tidsbegränsade passiva tillskott som godkänns som primärkapital och liknar aktiekapital på grund av att det gäller på obestämd tid och därför har kunnat godkännas som primärkapital över gränsen på 15 procent, samt att det utgör en mycket betydande andel av primärkapitalet och att det godkänts som primärkapital för Helaba och inte för den koncern i vilken banken ingår.

180 Det skiljer sig slutligen från såväl de flesta av de tidsbegränsade passiva tillskott som godkänts som primärkapital som från aktiekapitalet för de privata banker som kommissionen har använt till jämförelse genom att delstaten Hessens investering inte kan

bytas eller att den kan bytas ut i mycket begränsad utsträckning. Tillskottet skiljer sig dessutom från de passiva tillskott som kommissionen använt som referens och från ett stort antal investeringar i aktiekapitalet genom att delstaten innehar en mycket betydande andel av bakens primärkapital.

181 Härav följer att de enda särdrag som samtidigt särskiljer det omtvistade tillskottet från tidsbegränsade passiva tillskott och medför att det liknar aktiekapital är dels dess varaktighet, dels att det utgör mer än 15 procent av Helabas primärkapital. Det framgår av undersökningen ovan dels att Bundesverband inte har visat att dessa särdrag som är typiska för perpetualer ger upphov till en ersättning som på marknaden mer liknar ersättningen för aktiekapital än tidsbegränsade passiva tillskott, dels att det inte finns anledning att anta att delstaten Hessen och Helaba kunde ha förutsett denna utveckling.

182 Av det anförda följer att Bundesverbands argument inte kan medföra att kommissionen ska anses ha gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att vid en helhetsbedömning av det omtvistade tillskottets särdrag slå fast att tillskottet uppvisar större likheter med passiva tillskott än med aktiekapital och att ersättningen därför ska jämföras med tidsbegränsade passiva tillskott med en volym som är vanligt förekommande på marknaden, i förekommande fall med ett påslag.

4. *Jämförelsen mellan ersättningen för det omtvistade tillskottet med på marknaden förekommande garantiersättningar*

183 Vad gäller jämförelsen mellan ersättningen för det omtvistade tillskottet med på marknaden förekommande garantiersättningar har Bundesverband bestritt kommissionens bedömning avseende huruvida den ytterligare kostnad som följer av den näringsskatt som Helaba måste betala till följd av det omtvistade tillskottet, jämförelsen mellan den grundläggande ersättning som avtalats mellan delstaten Hessen och Helaba och den grundläggande garantiersättning som förekommer på marknaden

och jämförelsen av det påslag för tillskottets varaktighet som avtalats och sådana påslag på marknaden.

a) Huruvida näringsskatten ska beaktas

Det angripna beslutet

184 Kommissionen anser att det för att jämföra ersättningen för det omtvistade tillskottet med på marknaden förekommande ersättningar är det nödvändigt att beakta den betungande verkan som nämnda skatt har på det omtvistade tillskottet, i förekommande fall 0,26 procent per år. Kommissionen har angett att denna skatt visserligen ska betalas av institutionella investerare som bedriver sin verksamhet i Tyskland, och som av detta skäl kräver en högre ersättning, men att den i förevarande fall ska betalas av Helaba eftersom delstaten Hessen inte är skattskyldig. Kommissionen anser även att Helabas totala avgifter bör jämföras med ersättningsintervallet på marknaden som inte utgjordes av den avtalade ersättningen på 1,4 procent utan av 1,66 procent (skälen 156–159 i det angripna beslutet).

Parternas argument

185 Bundesverband har kritiserat denna tillämpning och har gjort gällande att investerare i sina avkastningsförväntningar inte beaktar det mottagande företagets skatterättsliga ställning och att kommissionen inte har visat att Helaba på marknaden skulle ha kunnat kräva att investeraren skulle ersätta hela dess kostnad för skatten. Bundesverband har hävdat att det inte är någon skillnad vad gäller ersättningsbeloppet som betalas till olika investerare för samma tillskott, även om de nationella investerare som inte bedriver någon industriell eller kommersiell verksamhet och utländska investerare

inte är skyldiga att erlägga näringsskatt när de genomför tillskott genom passiva tillskott och följaktligen befinner sig i samma situation som delstaten Hessen.

186 Bundesverband har tillagt att den extra kostnad som vilar på Helaba under alla omständigheter inte motsvarar näringsskatten utan är mycket mindre eftersom skatten utgör en driftskostnad för Helaba och följaktligen minskar dess beskattningsbara inkomst. Således skulle den ytterligare kostnaden begränsa sig till endast 0,15 procent efter erläggande av bolagsskatt (vid denna tid 40 procent i Tyskland) och solidaritetspåslaget (5,5 procent).

187 Kommissionen och intervenienterna har bestritt nämnda argument.

Tribunalens bedömning

188 Vad för det första gäller frågan huruvida det är nödvändigt att beakta näringsskattens inverkan på Helabas kostnad för det omtvistade tillskottet, ska det konstateras att Bundesverband inte har bestritt att Helaba är skyldig att betala denna skatt eftersom delstaten Hessen inte är skattskyldig. Bundesverband har visserligen gjort gällande att vissa andra investerare inte är skattskyldiga till näringsskatten och att detta inte påverkar den utbetalda ersättningen. Förbundsrepubliken Tyskland och Helaba har emellertid vid förhandlingen påpekat att bankerna visserligen i princip ska betala näringsskatt på de ersättningar som betalas till investerare utanför Tyskland eller som inte bedriver någon industriell eller kommersiell verksamhet. Icke desto mindre vet varken bankerna eller de tyska myndigheterna vilka de investerare som innehar rättigheterna som följer av de passiva tillskotten är och följaktligen betalar bankerna inte näringsskatt för den utbetalda ersättningen, trots att en del av den betalas till investerare som inte är skattskyldiga.

189 Eftersom kommissionens resonemang inte grundar sig på att delstaten Hessen inte behöver betala näringsskatten, utan på att det är Helaba som ska betala den och därmed drabbas av en kostnad som Helaba inte skulle ha haft om tillskottet gjorts av en privat investerare på marknaden, innebär den omständigheten att bankerna i praktiken inte betalar näringsskatt för de avgifter som erläggs till investerare som inte är från Tyskland eller som inte bedriver någon industriell eller kommersiell verksamhet att Bundesverbands argument saknar relevans. I förevarande fall får nämligen Helaba, till skillnad från vad som gäller beträffande andra passiva tillskott som emitterats på marknaden, en ytterligare kostnad till följd av att näringsskatten betalas. Denna kostnad ska, även om den inte innebär att delstaten Hessen får en högre ersättning, beaktas vid undersökningen av huruvida Helaba med anledning av det omtvistade tillskottet har en kostnad som är åtminstone likvärdig med den som banker som emitterat passiva tillskott på marknaden har och, följaktligen huruvida Helaba getts en fördel.

190 Bundesverband har under dessa omständigheter inte visat att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att beakta näringsskattens inverkan på Helabas totala kostnad för det omtvistade tillskottet.

191 Vad vidare gäller beräkningen av Helabas faktiska kostnad är det i förevarande fall inte fråga om att få reda på hur stor den totala ekonomiska belastningen är för Helaba med anledning av det omtvistade tillskottet, utan att jämföra denna belastning med den ekonomiska belastning som uppkommer med anledning av tidsbegränsade tillskott som tecknats av en privat investerare. För en sådan jämförelse kan kostnaderna jämföras före eller efter skatt under förutsättning att de jämförs vid samma tidpunkt. Då kommissionen i det angripna beslutet utgått från kostnaden före skatt vid jämförelsen, ska även kostnaden före skatt beaktas vad gäller näringsskatten (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB, punkt 384).

192 Härav följer att Bundesverband inte heller har visat att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att den kostnad som följer av att

näringsskatten betalas, och som ska beaktas vid jämförelsen mellan ersättningen för det omtvistade tillskottet och ersättningen för tillskott som gjorts på marknaden, är kostnaden före skatt.

b) Jämförelsen mellan den grundläggande ersättningen och den garantiersättning som krävs på marknaden

Det angripna beslutet

193 Kommissionen har angett att undersökningen av de tio transaktioner som Förbundsrepubliken Tyskland har åberopat och som anges i skäl 164 i det angripna beslutet visar ett intervall för garantiersättningen mellan 0,75 och 1,6 procent per år (skälen 162, 163, 165–167 i det angripna beslutet).

194 Kommissionen har vidare undersökt de olika särdrag hos det omtvistade tillskottet som skulle kunna påverka ersättningsbeloppet. Kommissionen anser att det inte är nödvändigt att tillämpa ett påslag med anledning av transaktionens volym, inte heller en minskning med anledning av Helabas kreditbetyg. Kommissionen anser emellertid att en privat investerare inte skulle ha accepterat en garantiersättning i den lägre delen av intervallet, på grund av Helabas minskade aktiekapitalbuffert (skälen 168,169, 171 och 172 i det angripna beslutet).

195 Kommissionen drog härav slutsatsen att eftersom den ersättning som Helaba betalar för det omtvistade tillskottet ligger i mitten, eller till och med i den övre delen av marknadsintervallet, kan det inte anses att Helaba erhållit en fördel och därmed inte heller statligt stöd (skäl 172 i det angripna beslutet).

Parternas argument

196 Bundesverband har för det första påpekat att det omtvistade tillskottet på grund av dess riskprofil ska likställas med en investering i aktiekapitalet och inte med ett tidsbegränsat passivt tillskott. Bundesverband har vidare gjort gällande att kommissionens beräkning, som baserades på ett marknadsintervall som kommissionen härlett från garantiersättningar för tidsbegränsade passiva tillskott, är felaktig. Genom att felaktigt likställa det omtvistade tillskottet med passiva tillskott underlät kommissionen dessutom att beakta att det förutom det nödvändiga påslaget för tillskottets varaktighet även skulle ha varit nödvändigt med andra påslag för att ta hänsyn till Helabas finansiella situation och de lägre avgifterna för transaktionen.

197 Bundesverband har för det andra kritiserat det sätt på vilket kommissionen beräknade den grundläggande garantiersättningen.

198 Bundesverband har gjort gällande att kommissionen inte bedömde beloppet för den grundläggande garantiersättningen mot bakgrund av de faktiska omständigheterna och marknadsförhållandena vid slutet av år 1998, utan mot bakgrund av senare transaktioner.

199 Bundesverband har vidare gjort gällande att på grund av skillnaderna mellan det omtvistade tillskottet och referenstransaktionerna, borde ersättningen för tillskottet ligga över marknadsintervallet för grundläggande garantiersättningar som upprättats på grundval av referenstransaktionerna. Bundesverband anser att kommissionen inte endast har gjort en oriktig bedömning av skillnaderna mellan det omtvistade tillskottet och referenstransaktionerna som den undersökt, utan även underlåtit att undersöka andra viktiga skillnader.

200 Vad gäller de skillnader som kommissionen har undersökt, nämligen det omtvistade tillskottets volym, storleken på Helabas aktiekapitalbuffert och dess kreditbetyg, har

Bundesverband gjort gällande att samtliga dessa omständigheter borde ha lett till ett påslag av den grundläggande garantiersättningen i förhållande till referenstransaktionerna. Vad gäller de skillnader mellan det omtvistade tillskottet och referenstransaktionerna som kommissionen inte har undersökt och vilka borde leda till ett påslag på den grundläggande garantiersättningen, har Bundesverband angett, dels att hela det omtvistade tillskottet har tecknats av en enda investerare, dels att tillskottet inte kan bytas ut på så sätt att delstaten Hessen inte kan dra sig ur sin investering.

201 Bundesverband har slutligen gjort gällande att Dresdner Banks tillskott på en miljard USD, som omnämns i det angripna beslutet bland referenstransaktionerna, visar att ersättningen för det omtvistade tillskottet borde ha legat högre än det intervall som använts som referens eftersom detta tillskott, trots att det hade en riskprofil som enligt Bundesverband var lägre, betingade en högre ersättning än det omtvistade tillskottet

202 Kommissionen och intervenienterna har bestritt dessa argument.

Tribunalens bedömning

203 Tribunalen konstaterar för det första, med avseende på Bundesverbands argument, att det intervall som använts av kommissionen varit felaktigt, eftersom det har sin grund i transaktioner som inte kan jämföras med det omtvistade tillskottet, att det framgår av undersökningen med avseende på kvalificeringen av det omtvistade tillskottet att kommissionen inte har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att tillskottet uppvisade fler likheter med passiva tillskott än med aktiekapital (se punkt 181 ovan).

204 För det andra, vad gäller kommissionens undersökning av huruvida den grundläggande ersättningen för det omtvistade tillskottet är marknadsmässig, ska samtliga

Bundesverbands argument avseende att kommissionen inte hade grundat sig på förhållandena på marknaden vid tidpunkten för det omtvistade tillskottet, underkännas. Det framgår nämligen, även utan att de fem transaktioner från 1999 som kommissionen har hänvisat till beaktas, av undersökningen av de övriga tranaktionerna att det marknadsintervall som definierats av kommissionen, det vill säga mellan 75 och 160 baspunkter, inte förändrats, eftersom de transaktioner som utgör den övre gränsen (tillskott till Bayerische Hypo- und Vereinsbank på 1,2 miljarder DEM) och den lägre (den andra delen om 700 miljoner USD emitterades av Deutsche Bank) av nämnda marknadsintervall båda härrör från 1998. Vad gäller Bundesverbands påstående att dessa tillskott inte är tidsbegränsade erinras om att denna omständighet inte kan utgöra hinder för varje form av jämförelse.

205 Tribunalen ska därefter undersöka var och en av de åtta omständigheter som enligt Bundesverband skulle medföra en ökning av marknadsintervallet för den grundläggande garantiersättningen och avseende vilka kommissionen påstås ha gjort en oriktig bedömning, alternativt inte bedömt alls.

206 Bundesverband har för det första, vad gäller Helabas finansiella situation, gjort gällande att Helabas vinst under 1998 var förhållandevis begränsad i förhållande till det belopp som skulle betalas till delstaten Hessen, vilket innebar att det fanns en risk för att vinsten inte räckte till för att betala den avtalade ersättningen. Bundesverband har tillagt att andra finansiella data för Helaba (avkastning på eget kapital, vinstutdelning, primärkapitalrelation) under perioden 1984–1994 ständigt var lägre än för privata banker.

207 Bundesverband har genom sitt argument, avseende att Helabas vinst påstås vara för liten i förhållande till ersättningen, upprepat sitt argument avseende risken att gå miste om ersättningen som angetts i punkt 161 ovan. I likhet med vad som slagits fast i punkt 163 ovan, är det emellertid inte möjligt att av jämförelsen mellan den ersättning som Helaba skulle utge från och med år 2003 och dess vinst år 1998 slå fast att det finns en särskild risk att gå miste om ersättningen. Vad gäller Bundesverbands argument att Helabas andra resultat var lägre än de stora privata bankernas, är det

tillräckligt att ange att det omtvistade tillskottet överfördes till Helaba vid slutet av 1998, medan Bundesverband har åberopat uppgifter som hänför sig till åren 1984–1994. Under dessa omständigheter kan Bundesverbands argument inte leda till slutsatsen att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att ersättningen, på grund av Helabas finansiella situation, borde ha varit högre än den som avtalats.

208 Vad för det andra gäller att den omständigheten att Helaba erhållit tillskottet från en enda investerare medfört att tillskottet till stor del inte publicerats, har Bundesverband gjort gällande att de skadliga verkningar som kan följa av en publicering i de fall då det tillkommer svårigheter eller ändringar avseende tillskottet, i förevarande fall, kan undvikas eller åtminstone kontrolleras. Bundesverband har hävdat att en privat investerare skulle ha krävt ett påslag på garantiersättningen för att kompensera denna fördel.

209 Detta kortfattade påstående från Bundesverbands sida är inte tillräckligt för att visa att det påstådda förhållandet på marknaden faktiskt skulle medföra ett påslag på garantiersättningen och att kommissionen följaktligen gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att inte beakta ett sådant påslag i det aktuella fallet. Det framgår dessutom av de hänvisningar som parterna gjort till passiva tillskott som tecknats av ett försäkringsbolag att även privata investerare kan teckna sig för ett passivt tillskott i dess helhet, och Bundesverband har inte framfört några argument som visar att investerarna på marknaden faktiskt kräver ett sådant påslag.

210 Dessutom medför, i likhet med vad Bundesverband själv har medgett, inte den omständigheten att det omtvistade tillskottet kommer från en enda investerare att Helaba kan undkomma all publicitet. Helaba kan nämligen inte förhindra delstaten Hessen att ta upp eventuella svårigheter eller ändringar i tillskottet. Detta gäller så mycket mer eftersom dessa frågor kan antas bli föremål för en offentlig diskussion i Hessischer Landtag (delstaten Hessens parlament), på samma sätt som det ursprungliga tecknandet av det omtvistade tillskottet diskuterades.

211 För det tredje, vad avser de påstått minskade transaktionskostnaderna för Helaba på grund av att tillskottet erhållits från en enda investerare, har Bundesverband gjort gällande att Helaba gjort betydande besparingar på kostnaderna för att lansera emissionen samt för förvaltning och genomförande. Bundesverband har hävdat att en privat investerare även skulle ha begärt ett påslag på garantiersättningen för att kompensera för detta förhållande.

212 Detta påstående från Bundesverband, som inte har kunnat styrkas, kan inte anses visa att denna påstådda omständighet skulle ha medfört ett påslag på garantiersättningen på marknaden. Delstaten Hessen har dessutom påpekat att den gjort betydande kostnadsbesparingar genom att hela den särskilda fonden överfördes till Helaba i stället för att det omtvistade tillskottet skulle ha delats upp på flera banker och att det följaktligen saknas grund för ett påslag. Det kan under dessa omständigheter inte anses att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att ett påslag av detta skäl inte var nödvändigt.

213 Vad för det fjärde gäller transaktionens volym, har Bundesverband kritiserat kommissionens bedömning, enligt vilken den omständigheten att det omtvistade tillskottets volym är avsevärt större än de transaktioner som användes vid jämförelsen medför att ett påslag inte ska göras, eftersom den progressiva modellen innebär att tillskottet ska delas upp i fem mindre tillskott. Bundesverband har tillagt att kommissionen har motsagt den argumentation som den framförde i det domstolsförfarande som gav upphov till domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB. I nämnda mål påstod kommissionen att en investerare i en marknadsekonomi ”vid belopp som är onormalt stora i praktiken [skulle ha] krävt en premie på avkastningen”.

214 Bundesverband har i detta avseende upprepat de argument som framförts mot den progressiva modellen. Det framgår emellertid av punkt 131 ovan att kommissionen inte har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att det omtvistade tillskottet kunde jämföras med fem mindre tillskott vad avser beräkningen av den lämpliga ersättningen för dess funktion för expansionen av den konkurrensutsatta verksamheten.

215 Det framgår under alla omständigheter, även utan att hänsyn tas till den progressiva modellen, inte av en undersökning av de transaktioner som kommissionen beaktat i skäl 164 i det angripna beslutet att en stor volym med nödvändighet innebär ett påslag på garantiersättningen. Således fastställdes för tillskottet till SGZ-Bank (oktober 1998) på endast 50 miljoner DEM (cirka 25 miljoner euro) en garantiersättning på 1,20 procent, medan Deutsche Bank endast betalade en ersättning på 0,75 och 0,8 procent för delarna i tillskottet på 700 miljoner USD (januari 1998).

216 Vad gäller det argument som kommissionen förde fram under det domstolsförfarande som gav upphov till domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB, är det tillräckligt att påpeka att det beslut som gav upphov till detta ärende ogiltigförklarades av förstainstansrätten och att kommissionen i 2004 års beslut i WestLB-ärendet inte längre krävde det påslag på grund av transaktionens stora volym som den tidigare hade försökt visa var motiverat.

217 Bundesverband har under dessa omständigheter inte visat att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning när den inte fann att ersättningen borde ha varit högre på grund av det omtvistade tillskottets totala volym.

218 Bundesverband anser för det femte, med avseende på Helabas aktiekapitalbuffert, att även om kommissionen i skäl 169 i det angripna beslutet fann att det omtvistade tillskottets storlek i förhållande till aktiekapitalet medför att ersättningen för tillskottet med nödvändighet ska ligga i den övre delen av marknadsintervallet för grundläggande garantiersättning, skulle kommissionen även ha varit tvungen att ta hänsyn till att hela tillskottet hade godkänts som primärkapital över den gräns på 15 procent för sammansatta primärkapitalinstrument som föreskrivs i Sydneyförklaringen. Detta gällde dessutom för primärkapitalet i Helaba och inte för primärkapitalet i koncernen i vilken den ingår.

219 Eftersom hela det omtvistade tillskottet kunde godkännas som primärkapital på grund av dess varaktighet kan det av Bundesverband åberopade förhållandet inte

medföra ett annat påslag än vad som följer av dess varaktighet. Vad avser den omständigheten att det omtvistade tillskottet godkänts som Helabas primärkapital och inte som primärkapital i den koncern den ingår i, har Bundesverband begränsat sig till att påstå att detta godkännande ger Helaba större flexibilitet att använda kapitalet. Mot bakgrund av det stora utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen har när den fastställer den marknadsmässiga ersättningen, kan detta påstående inte medföra att det visats att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning.

220 Bundesverbands argument kan följaktligen inte leda till slutsatsen att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning genom att inte slå fast att ersättningen borde ha varit högre än den som avtalats på grund av Helabas lägre aktiekapitalbuffert.

221 Bundesverband har för det sjätte, vad gäller Helabas långsiktiga kreditbetyg, kritiserat kommissionens bedömning i skäl 171 i det angripna beslutet, där den utgått från att en privat investerare skulle bedöma att det föreligger en liknande förlustrisk i fråga om Helaba som vid en investering i en av de privata storbanker som omnämnts i beslutet. Bundesverband har påstått att om det bortses från de statliga garantierna, är det otänkbart att detta kreditbetyg och kreditbetygen för de stora privata bankerna som anges i beslutet är jämförbara och att referenstransaktionerna följaktligen skulle kunna användas vid jämförelsen utan justering. Bundesverband har dessutom hävdat att kommissionen inte har motiverat sin bedömning i detta avseende.

222 Det ska erinras om att Bundesverband, till stöd för sitt påstående att det är otänkbart att Helabas kreditbetyg och kreditbetygen för de stora privata bankerna som anges i beslutet är jämförbara om det bortses från de statliga garantierna, har begränsat sig till att ange att om Helabas täckningsgrad skulle ha varit jämförbar med dessa stora privata bankers täckningsgrad skulle Helaba troligen ha fått ett mindre gynnsamt kreditbetyg.

223 Bundesverband har vidare inte ifrågasatt Förbundsrepubliken Tysklands påstående, till vilket kommissionen hänvisade i det angripna beslutet (skäl 171), att det i vart fall inte före 2001 fanns någon metod att beräkna det långsiktiga kreditbetyget för de regionala bankerna utan att det institutionella ansvaret och garantiansvaret som ålåg de offentliga myndigheterna beaktades. Bundesverband har visserligen i sin replik gjort gällande att om dessa statliga garantier inte skulle ha beaktats skulle Helabas kreditbetyg åren 1998 och 1999 ha varit lägre än kreditbetyget för de stora privata bankerna. Bundesverband har i detta avseende åberopat Helabas individuella kreditvärdighetsbetyg och soliditetsbetyg som jämförts med de nämnda privata bankernas betyg för motsvarande år. Eftersom det framgår av de handlingar som ingetts till stöd för detta påstående att de individuella kreditvärdighetsbetygen och soliditetsbetygen skiljer sig från de långsiktiga kreditbetygen, räcker det inte, i avsaknad av förtydliganden, enbart med en hänvisning till dessa kreditbetyg, som är lägre än Helabas, för att visa vare sig att dess långsiktiga kreditbetyg nödvändigtvis måste ha varit lägre än motsvarande betyg för de stora privata bankerna, om det fastställts utan hänsyn till de statliga garantierna, eller att det år 1998 fanns en metod att fastställa ett sådant kreditbetyg för Helaba.

224 Det ska under dessa omständigheter konstateras att Bundesverband inte har visat att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att en privat investerare, i slutet av år 1998 och i avsaknad av en metod för att beräkna de regionala bankernas långsiktiga kreditbetyg utan att ta hänsyn till de statliga garantierna, skulle ha bedömt risken för förlusten i Helaba som jämförbar med en investering i en av de stora privata bankerna som nämndes i beslutet.

225 Det angripna beslutet innehåller dessutom tillräcklig motivering i detta avseende. Kommissionens bedömning, som kritiserats av Bundesverband, syftar nämligen inte till att avfärda betydelsen av ett eventuellt påslag på ersättningen utan avsåg den minskning som Förbundsrepubliken Tyskland hade begärt med anledning av den påstått låga risken med en investering i Helaba på grund av de statliga garantierna. Detta förhållande förklarar att kommissionen nöjt sig med att ange skälen till varför beräkningen av ersättningen inte skulle ske på grundval av Helabas långfristiga kreditbetyg från slutet av 1998 och inte inriktats på exakt vilket kreditbetyg som Helaba skulle ha kunnat få utan statliga garantier.

226 Vad för det sjunde gäller den omständigheten att hela tillskottet tecknats av en enda investerare, har Bundesverband gjort gällande att vad avser referenstransaktionerna så hade passiva tillskott tecknats av flera investerare, var och en med en investering som i allmänhet uppgick till mellan 5 och 10 miljoner euro, men endast i ett undantagsfall till 100 miljoner euro. Bundesverband har påstått att medan delstaten Hessen förvärvade 40 procent av Helabas egna kapital uppgick, i referenstransaktionerna, de individuella andelarna i de aktuella bankernas egna kapital till mindre än en procent.

227 Bundesverband har bestritt kommissionens påstående i dess svaromål, enligt vilket en uppdelning enligt varje investerares andel i investeringen saknar grund med avseende på den marknadspraxis som gällde vid slutet av år 1998. Bundesverband har gjort gällande att nämnda påstående strider mot tribunalens praxis. Förstainstansrätten slog i domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB (punkt 255) fast att en privat investerare ”söker maximera sin vinst utan att ta alltför stora risker jämfört med andra aktörer på marknaden”. Bundesverband har hävdat att en investerare som är den enda investeraren som deltar i en emission löper en mycket större risk i förhållande till andra marknadsaktörer, särskilt när emissionens totala volym är betydande, än vad som är fallet när investeraren – i likhet med vad som gäller för de tyska bankernas transaktioner som kommissionen använt som jämförelse – tillsammans med andra deltagare på marknaden tecknar en betydligt mindre andel av en emission som dessutom har en mindre total volym.

228 Bundesverband har tillagt att det omtvistade tillskottet väsentligt ökar riskprofilen för delstaten Hessens portfölj på grund av att alla risker samlas hos en gäldenär. Bundesverband har anmärkt att riskspridning är en allmän princip inom företagens riskhantering och att tillsynsreglerna avseende stora risker utgår från principen att riskkoncentration till en enda gäldenär är särskilt farligt.

229 Det ska i detta avseende anges att tecknande av ett tillskott i sin helhet som motsvarar 40 procent av emittentbankens egna kapital visserligen innebär en högre risk för investeraren än att teckna en del som motsvarar mindre än en procent av det egna

kapitalet, men att ett påslag på ersättningen inte kan motiveras annat än om detta förhållande medför en fördel för den emitterande banken för vilken den är beredd att betala, eller om banken har behov av kapitalet från investeraren och om detta kapital inte kan erhållas från andra. Om däremot ökningen av investerarens risk är resultatet av ett beslut som denne fattat av egna skäl, utan att påverkas av bankens önskemål eller behov, skulle banken vägra att betala ett påslag och vända sig till andra investerare (se, för ett liknande resonemang, domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB, punkt 320).

230 I förevarande fall är den ökning av risken för delstaten Hessen som innehavet av en betydande del av Helabas egna kapital medför resultatet av delstatens beslut att inte dela upp den särskilda fonden på grund av de nackdelar som är förenade därmed, och inte på grund av Helabas intressen (se punkterna 39–42 ovan). Det har nämligen visats att Helaba inte hade något akut behov av ett betydande kapitaltillskott som skulle kunna ha medfört att banken accepterade ett påslag.

231 Det finns dessutom ingen anledning att anta att Helaba mot bakgrund av den progressiva modellen inte skulle ha kunnat skaffa kapital i nivå med det omtvistade tillskottet på marknaden, i förekommande fall från flera investerare, på villkor som medförde att detta kapital även skulle kunna godkännas som primärkapital och för en grundläggande garantiersättning som motsvarar den som avtalats mellan delstaten Hessen och Helaba.

232 Det är följaktligen, även om storleken på delstaten Hessens andel av det egna kapitalet leder till en ökad risk för delstaten, inte uppenbart att detta förhållande medför en fördel för Helaba för vilken banken skulle ha behövt utge ett ersättningspåslag. Det kan under dessa omständigheter inte anses att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning när den inte fann att ersättningen skulle ha varit större än den avtalade ersättningen på grund av att det omtvistade kapitaltillskottet tecknats av en enda investerare.

233 Vad för det åttonde gäller det förhållandet att det omtvistade tillskottet inte kan bytas ut eller bytas ut i begränsad omfattning har Bundesverband gjort gällande att denna omständighet särskiljer det omtvistade tillskottet från de transaktioner som kommissionen har använt sig av till jämförelse genom att delstaten Hessen inte kan dra sig ur investeringen.

234 Det förhållandet att en omständighet vad gäller transaktionen, i likhet med vad som sagt i punkt 229 ovan, medför en ökning av den risk som investeraren löper kan endast motivera ett påslag på ersättningen om den medför en fördel för banken eller denna inte hade kunnat avstå från det erbjudna kapitalet.

235 I förevarande fall medför emellertid den omständigheten att det omtvistade tillskottet inte kan bytas ut, eller att det endast kan bytas ut i begränsad omfattning, inte en fördel för Helaba.

236 Det framgår nämligen av handlingarna i målet att de passiva tillskott som emitteras på marknaden emitteras via ett bolag som tecknar tillskottet i egenskap av ”passiv delägare” och tar upp erforderligt kapital på marknaden. Investerarna tecknar således inte själva de passiva tillskotten hos den emitterande banken, utan hos mellanhandsbolaget. Detta bolag kan däremot i egenskap av passiv delägare endast överlåta sina rättigheter enligt det passiva tillskottet med den emitterande bankens medgivande.

237 I förevarande fall har delstaten Hessen, vilken redan hade tillgång till kapital att investera, deltagit i transaktionen i egenskap av passiv delägare i stället för mellanhandsbolaget. Härav följer att transaktionen för Helabas del sker på samma sätt som vid tillskott som emitteras på marknaden och att banken inte dragit någon ytterligare fördel av att tillskottet inte noterats på börsen. De enda särdrag som är relevant för Helaba är nämligen att tillskottet godkänts som primärkapital över den gräns på 15 procent som inrättades genom Sydneyförklaringen med avseende på sammansatta primärkapitalinstrument, det vill säga att det tecknats på obegränsad tid, att delägaren inte kan dra sig ur och att det saknas en step up-klausul. Bundesverband har i detta avseende, som svar på en fråga från förstainstansrätten under förhandlingen gällande Helabas fördelar av att det omtvistade tillskottet inte noterats på börsen,

medgett att det inte är möjligt för Bundesverband att veta huruvida detta faktiskt har medfört en fördel för Helaba.

Slutsats avseende jämförelsen mellan den grundläggande ersättningen och på marknaden förekommande garantiersättningar

238 Av det anförda följer att kommissionen under rådande omständigheter, utan att göra en uppenbart oriktig bedömning, kunde slå fast att en privat investerare som befann sig i en med delstaten Hessen jämförbar situation inte hade kunnat kräva en högre grundläggande ersättning än den som avtalats mellan parterna, eftersom de omständigheter som medför att risken för delstaten ökar är en följd av den särskilda fondens natur samt de val som delstaten Hessen har gjort och innebär inte att Helaba fått en fördel i förhållande till vad banken hade kunnat erhålla på marknaden. Kommissionen har under dessa omständigheter inte gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att den totala grundläggande ersättning på 1,43 procent som Helaba hade att erlägga för det omtvistade tillskottet, med beaktande av näringsskatten, inte medför att Helaba fick en fördel som banken inte hade kunnat erhålla på marknadsmässiga villkor.

c) Jämförelsen mellan påslaget för tillskottets varaktighet och det marknadsmässiga garantibeloppet

Det angripna beslutet

239 Kommissionen konstaterade i det angripna beslutet att det omtvistade tillskottet särskiljer sig från merparten av de transaktioner som åberopats av Förbundsrepubliken Tyskland genom att det utgör en perpetual. Detta förhållande medför enligt kommissionen att det är nödvändigt med ett påslag på ersättningen, eftersom det för delstaten Hessen innebär en ökad risk att inte kunna följa räntevariationerna. Detta förhållande

medför även ett ekonomiskt mervärde för Helaba som därmed kan överskrida den gräns på 15 procent som fastställts i Sydneyförklaringen (skälen 173 och 174 i det angripna beslutet).

240 Kommissionen angav att den, för att avgöra huruvida den räntesats på 0,23 procent för tillskottets varaktighet som parterna avtalat om och som ökats med den del som motsvarar näringsskatten är marknadsmässig, inte kan, eller endast i ringa utsträckning kan, utgå från uppgifter om marknaden från tiden för transaktionen, eftersom parterna kan sägas ha agerat som pionjärer på marknaden. Kommissionen angav emellertid att en offentlig investerare eller en offentlig bank inte kan förhindras att agera som marknadspionjär. Sålunda kan kommissionen endast pröva huruvida fastställandet av varaktighetspremien var felaktigt i ekonomiskt hänseende, det vill säga byggde på felaktiga premisser (skälen 176 och 177 i det angripna beslutet).

241 Kommissionen angav att med anledning av den begränsade mängd data avseende det år då det omtvistade tillskottet gjordes och det följande året, var den beräkning som föreslagits av Förbundsrepubliken Tyskland på grundval av en jämförelse mellan en perpetual från Deutsche Bank och ett passivt tillskott från Dresdner Bank, som ledde till en höjning med cirka 0,29 procent, rimlig. Kommissionen drog härav slutsatsen att det inte kunde anses att den relevanta jämförbara ersättningen med 0,23 procent per år var högre än marknadsintervallet och att Helaba följaktligen skulle ha gynnats, det vill säga fått ett statligt stöd (skälen 182 och 183 i det angripna beslutet).

Parternas argument

242 Bundesverband har gjort gällande att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att det referensintervall som beräknats på grundval av tidsbegränsade passiva tillskott inte behövde ändras för att beakta det omtvistade tillskottets varaktighet.

243 Bundesverband har för det första gjort gällande att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den fann att delstaten Hessen och Helaba agerat som marknadspionjärer och att de följaktligen hade ett större utrymme för skönsmässig bedömning. Bundesverband har hävdat att delstaten och Helaba inte agerade som marknadspionjärer, eftersom ingen transaktion med samma kännetecken genomförts efter det omtvistade tillskottet och, framför allt, eftersom det framgår av de debatter i Hessischer Landtag som ägde rum innan tillskottet genomfördes att parterna noggrant sökt att efterlikna de transaktioner som genomförts mellan andra delstater och Landesbanken, transaktioner vilka kommissionen funnit innehålla inslag av statligt stöd.

244 Bundesverband har för det andra gjort gällande att kommissionen vid sin undersökning inte har kunnat beakta perpetualer från maj 1999 till och med december 2003. Bundesverband har hävdat att när uppgifter om marknaden inte är tillgängliga kan kommissionen inte anta att de omständigheter som en privat investerare skulle ha beaktat under perioden maj–juli 1999 eller i december 2003 även var för handen redan i slutet av år 1998, trots att den faktiska utvecklingen på den europeiska kapitalmarknaden visar på det motsatta förhållandet. Bundesverband anser följaktligen att det är ett uppenbart fel att utan motivering överföra konkurrenssituationen år 1999 till år 1998.

245 För det tredje har Bundesverband hävdat att de fyra transaktioner – tre av Deutsche Bank och en av Dredner Bank – som använts av kommissionen som referens vid beräkningen av påslaget på grund av tillskottets varaktighet, under alla omständigheter, inte är jämförbara med det omtvistade tillskottet med avseende på den totala storleken och storleken på varje investerares andel, på primärkapitalets andel i de emitterande banker som vart och ett av tillskotten avser, på huruvida tillskotten kan godkännas som primärkapital i banken eller koncernen och på möjligheten att dra sig ur investeringen.

246 Bundesverband har för det fjärde, i motsats till vad kommissionen har hävdat, gjort gällande att det större påslag som tillämpats på ersättningen för Deutsche Banks perpetual i förhållande till Dresdner Banks passiva tillskott inte kan motiveras av det förmånligare kreditbetyget för en perpetual. Som svar på en fråga från förstainstansrätten

under förhandlingen angav Bundesverband att med detta argument avses att det mindre förmånliga kreditbetyget för Deutsche Banks perpetual jämfört med Dresdner Banks passiva tillskott inte medför att det marknadsmässiga påslaget för varaktigheten skulle underskrida den procentsats på 0,29 procent som beräknats vid jämförelsen av de tre transaktionerna eftersom kreditbetygen påverkas av en mängd faktorer.

247 Kommissionen och intervenienterna har bestritt dessa argument

Tribunalens bedömning

248 Vad för det första gäller Bundesverbands argument att delstaten Hessen och Helaba inte har agerat som pionjärer eftersom de inte har försökt att efterlikna tidigare transaktioner i Landesbanken ska det, i likhet med vad Helaba har påpekat, erinras om att detta inte stöds av protokollet från sammanträdet den 2 december 1998 i ekonomiutskottet i Hessischer Landtag, vilket Bundesverband grundat sig på. Av denna handling framgår visserligen att dessa transaktioner beaktats, men det framgår även att delstaten Hessen och Helaba även har beaktat det förhållandet att kommissionen väckt talan mot dessa transaktioner och att det förts samtal för att komma överens om villkoren för det omtvistade tillskottet. Vad för det andra gäller argumentet att det därefter inte genomförts någon transaktion som kan jämföras med det omtvistade tillskottet är det tillräckligt att hänvisa till den föregående analysen avseende kvalificeringen av det omtvistade tillskottet samt till att dessa skillnader beaktats vid fastställande av den marknadsmässiga ersättningen.

249 Vad för det andra gäller Bundesverbands argument att kommissionen inte kunde beakta perpetualer från perioden maj 1999 till och med december 2003, ska det anges att kommissionen inte kan invända mot det påslag på grund av tillskottets varaktighet som avtalats mellan delstaten Hessen och Helaba utan att kunna grunda sig på ett minimum av faktorer för att kunna anse att detta påslag var lägre än vad som kunde ha fastställts på marknaden. Det var i syftet att finna dessa faktorer, och således

minska parternas manöverutrymme, som kommissionen undersökte den senare utvecklingen på marknaden. Den kritik som framförts av Bundesverband för att förhindra att kommissionen använder sig av uppgifter från tiden efter det omtvistade tillskottet kan under dessa omständigheter inte medföra att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att fastställa att det påslag på grund av det omtvistade tillskottets varaktighet som avtalats mellan delstaten och Helaba inte var marknadsmässigt.

250 Det ska under alla omständigheter konstateras att Bundesverbands argument att volymen för sammansatta primärkapitalinstrument ökat väsentligt under 1999 inte är tillräckligt för att visa att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att den kunde grunda sig på transaktioner som ägt rum efter det omtvistade tillskottet, eftersom det saknades anledning att anta att det skett några större förändringar av påslaget på ersättningen för ett passivt tillskotts varaktighet (skälen 177 och 178 i det omtvistade beslutet). I motsats till vad kommissionen angav i det angripna beslutet, innebär nämligen inte enbart den omständigheten, att volymen av sammansatta primärkapitalinstrument ökat väsentligt under 1999, att påslaget på grund av tillskottets varaktighet skulle ha varit lägre under detta år, med följden att det förhållandet att kommissionen har använt sig av uppgifter från denna period kan medföra att slutsatserna blir felaktiga. Bundesverband har för övrigt inte förklarat hur ökningen av marknadsvolymen kan påverka påslaget på grund av tillskottets varaktighet. Bundesverband har vidare inte anfört några argument som visar att delstaten Hessen och Helaba inte i december 1998 skulle ha kunnat beräkna beloppet för påslaget som senare skulle fastställas av andra banker.

251 Vad för det tredje gäller invändningen att det omtvistade tillskottet inte var jämförbart med de fyra andra tillskott som kommissionen har angett, har Bundesverband anfört argument som redan har anförts flera gånger till stöd för Bundesverbands påstående att det omtvistade tillskottet hade en riskprofil som medförde att det inte kunde jämföras med andra passiva tillskott. Dessa argument har underkänts av tribunalen.

252 Bundesverband har även påstått att det förhållandet att de tillskott som kommissionen har använt som jämförelseobjekt noterats på börsen medför att de ur investerarens synvinkel inte har obegränsad varaktighet och att ökningen av risken för att kapitalet

ska försvinna i förhållande till ett tidsbegränsat finansiellt instrument följaktligen är försumbar, i den mån den över huvud taget finns. Vad gäller det omtvistade tillskottet kan däremot delstaten Hessen inte dra sig ur investeringen, och påslaget på ersättningen på grund av tillskottets varaktighet måste därför vara större än vid börsnoterade passiva tillskott.

253 Skillnaden med avseende på graden av fungibilitet mellan de tillskott som kommissionen använt som jämförelseobjekt och det omtvistade tillskottet, och därmed avseende möjligheten att dra sig ur investeringen, är emellertid endast en konsekvens av att delstaten Hessen, till skillnad från dem som investerat i börsnoterade passiva tillskott, inte har investerat i likvid, och därmed fungibel, egendom, utan i en särskild fond som delstaten inte ville sälja och för vilken den endast ville ha ersättning in natura. Den omständigheten att delstaten Hessen inte kan dra sig ur investeringen, eller att den endast kan göra så i mycket begränsad omfattning, medför vidare inte en sådan ytterligare fördel för Helaba att den måste ersättas.

254 Följaktligen skulle i förevarande fall en privat investerare i samma situation som delstaten Hessen – inom ramen för förhandlingar på normala marknadsvillkor – inte ha kunnat bortse från att det förhållandet att delstaten saknade möjlighet att dra sig ut investeringen, eller att denna möjlighet var begränsad, var följden av dess val avseende förvaltningen av den särskilda fonden och inte av Helabas behov. En sådan investerare skulle således ha varit tvungen att beakta Helabas synpunkter och den omständigheten att Helaba inte var beredd att betala en högre ersättning för en nackdel som var följden av delstatens egna val och inte motsvarades av någon ytterligare fördel för Helaba.

255 Vad för det fjärde gäller Bundesverbands argument att Deutsche Banks perpetual fått ett mindre förmånligt kreditbetyg än Dresdner Banks tidsbegränsade passiva tillskott, och att denna omständighet inte gör det möjligt att minska det påslag på ersättningen för tillskottets varaktighet som beräknats genom att jämföra dessa transaktioner, ska det konstateras att kommissionen inte fann att den beräkning som gjorts av Förbundsrepubliken Tyskland var riktig, utan begränsade sig till att ange att den var möjlig. Bundesverbands argument medför vidare att kommissionen i förevarande fall inte kan göra någon jämförelse med marknaden, eftersom, i likhet med vad kommissionen medgav vid förhandlingen, ersättningen för alla transaktioner på

marknaden beror på en mängd faktorer vars påverkan på den slutliga ersättningen är svår att ange med exakthet.

256 Det ska under alla omständigheter konstateras att eftersom kommissionens slutsats vad gäller det avtalade påslaget på grund av tillskottets varaktighet i förevarande fall inte grundas på denna enda beräkning kan detta argument, även om det är befogat, inte visa att slutsatsen är behäftad med ett uppenbart fel. Såsom angetts i punkterna 240 och 241 ovan beaktade kommissionen bland annat den omständigheten att delstaten Hessen och Helaba var marknadspionjärer och, i andra hand, att jämförelsen mellan de perpetualer som angetts av Förbundsrepubliken Tyskland inte medger att slutsatsen därför kan dras att ersättningsintervallet för perpeutaler var högre än för tidsbegränsade passiva tillskott.

257 Av det anförda följer att Bundesverband inte har visat att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att anse att det inte fanns något stöd för att fastslå att den relevanta nivån för påslaget på grund av tillskottets varaktighet på 0,23 procent var högre än marknadsintervallet och att Helaba följaktligen getts en fördel samt erhållit statligt stöd.

Slutsats avseende undersökningen av huruvida garantiersättningen är marknadsmässig

258 Det framgår av vad som sagts ovan att kommissionen inte har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att de avgifter som Helaba har att erlägga med anledning av det omtvistade tillskottet var jämförbara med de garantiersättningar som avtalas på marknaden för jämförbara transaktioner och att det följaktligen inte medförde en fördel för Helaba som inte hade kunnat erhållas till marknadsmässiga villkor.

5. *Den omständigheten att kommissionen från ersättningen har dragit av de refinansieringskostnader som Helaba måste erlägga på grund av tillskottets bristande likviditet*

a) Det angripna beslutet

259 Kommissionen angav i beslutet att eftersom Helaba inte tillfördes någon likviditet genom det omtvistade tillskottet orsakades Helaba ytterligare refinansieringskostnader jämfört med vad som hade varit fallet med en bank som hade erhållit ett tillskott i likvid form, eftersom Helaba fortfarande var tvungen att skaffa denna likviditet på marknaden för att kunna expandera verksamheten på samma sätt (skäl 184 i det angripna beslutet). Kommissionen ansåg följaktligen att Helaba endast skulle betala ersättning för den risk som delstaten Hessen utsatte sin särskilda fond för, det vill säga Helaba skulle endast betala den garantiersättning som översteg refinansieringsräntan på interbankmarknaden (skälen 162 och 187 i det angripna beslutet).

260 Kommissionen har underkänt Bundesverbands argument att endast refinansieringsavgifter efter skatt ska räknas av från ersättningen. Kommissionen har angett att till skillnad från vad som var fallet i WestLB-ärendet som Bundesverband har åberopat medför inte det omtvistade tillskottet någon ytterligare minskning av skatten för Helaba jämfört med den skattefördel som skulle uppstå vid ett tillskott i likvid form, vilket skulle motivera en minskning (skälen 185 och 186 i det angripna beslutet).

b) Parternas argument

261 Bundesverband har dels gjort gällande att det angripna beslutet är bristfälligt motiverat, dels att det inte är förenligt med kriteriet avseende en privat investerare.

262 Bundesverband har, vad avser den bristande motiveringen, anfört att det står helt i motsats till den uppfattning kommissionen hade intagit i beslutet att inleda det formella granskningsförfarandet, samt till tribunalens praxis, att refinansieringsräntan ska dras av i sin helhet. Bundesverband har hävdat att kommissionen under dessa omständigheter skulle ha motiverat sitt beslut med särskild omsorg. Bundesverband har gjort gällande att det av det angripna beslutet inte kan utläsas vilka kriterier kommissionen grundat sig på när den fann att Helaba faktiskt hade ytterligare refinansieringskostnader motsvarande bruttorefinansieringsräntan, varför Helaba endast skulle betala garantiersättning över referensräntan, huruvida garantiersättningen skulle baseras på bruttorefinansieringsräntan eller på Libor- eller på Euribor-räntan, eller huruvida referensräntan och Liborräntan är detsamma.

263 Vad avser tillämpningen av kriteriet avseende en privat investerare har Bundesverband gjort gällande att kommissionen gjorde en felaktig tillämpning av nämnda kriterium när den slog fast att Helaba endast skulle ersätta delstaten Hessen för den risk den utsatte sin särskilda fond i form av ett passivt tillskott för. Till stöd för denna ståndpunkt har sammanslutningen för det första anfört att den bristande likviditeten redan hade kompenserats genom den särskilda fondens lägre insatta värde och för det andra, att en privat investerare inte hade accepterat att ersättningen skulle minskas på grund av investeringens bristande likviditet samt, för det tredje att tribunalen under alla omständigheter redan slagit fast att en privat investerare endast hade accepterat en minskning uppgående till bankens verkliga kostnader på grund av tillskottets bristande likviditet.

264 Kommissionen och intervenienterna har bestritt dessa argument.

c) Tribunalens bedömning

265 Vad avser den påstådda bristen på motivering, framgår det av skälen 184–187 i det angripna beslutet att kommissionen anser att den omständigheten att en investering i primärkapitalet har en icke likvid karaktär medför ytterligare kostnader för en bank jämfört med kostnaderna för en likvid investering, eftersom banken på marknaden

måste anskaffa likvida medel motsvarande värdet av investeringen. Banken skulle följaktligen endast acceptera denna investering, om de ytterligare kostnader som följer av investeringens icke likvida karaktär beaktas i den avtalade ersättningen och kostnaden för en sådan investering därmed kan bli densamma som för en investering som innebär en likviditetsöverföring.

266 När, som i fallet med sådana passiva tillskott som det omtvistade tillskottet, både ersättningen för tillskottet och ytterligare kostnader betalas före skatt, kan kostnaderna för likvida tillskott och icke likvida tillskott endast anses vara lika om ersättningen för tillskottet beräknas utan att räntan tas i beaktande. Räntan har vid likvida passiva tillskott till syfte att utgöra ersättning för tillhandahållandet av likviditet. När ersättningen, såsom i WestLB-ärendet, däremot betalas efter skatt på grund av att investeringen inte skett i form av ett passivt tillskott, även om refinansieringskostnaderna alltid betraktas som driftskostnader vilka betalas före skatt, kan endast nettokostnaden för refinansiering beaktas. Vid det motsatta förhållandet skulle nämligen en icke likvid investering vara mindre kostsam för banken än en likvid investering. I det senare fallet anser kommissionen att en investerare skulle kräva en högre ersättning för att kompensera denna fördel för banken.

267 Kommissionen har i tillräcklig utsträckning, också mot bakgrund av bland annat WestLB-ärendet, förklarat varför den anser att Helaba i förevarande fall faktiskt har haft ytterligare refinansieringskostnader motsvarande bruttorefinansieringsräntan, jämfört med ett passivt tillskott i likvid form, och därmed varför Helaba endast måste betala garantiersättning över referensräntan. Mot bakgrund av denna motivering var det inte nödvändigt att kommissionen skulle ange huruvida garantiersättningen skulle grundas på bruttorefinansieringsräntan eller Libor- eller Euriborräntan, och inte heller nivån på referensräntan.

268 Vad avser Bundesverbands argument beträffande huruvida minskningen av finansieringskostnaderna är välgrundad, ska dessa prövas separat.

Argumentet att den bristande likviditeten redan har beaktats genom det lägre insatta värdet

269 Bundesverband har gjort gällande att medan den särskilda fondens låneportfölj den 31 december 1998 uppgick till cirka 4 miljarder euro, var det passiva tillskottet upptaget i Helabas balansräkning till ett värde av endast 1,264 miljarder euro. Bundesverband har gjort gällande att fastställandet av kontantvärdet medfört att det omtvistade tillskottet gjorts likvärdigt med vilken annan tillgång som helst, däribland likvida tillgångar, av samma värde, särskilt genom att det förväntades förräntas med normal marknadsmässig ränta. Bundesverband har härav dragit slutsatsen att en privat investerare skulle ta hänsyn till de intäkter som Helaba fått till följd av ökningen av värdet på den särskilda fonden och ställa dessa mot de eventuella refinansieringskostnader som banken fått vidkännas.

270 Det ska i detta avseende noteras att värderingen av den särskilda fonden per den dag den överfördes till Helaba, i likhet med vad kommissionen har angett, inte har något samband med de ytterligare kostnader som det omtvistade tillskottet medför för Helaba jämfört med ett passivt tillskott i likvid form. Den omständigheten att de nackdelar för Helaba som följer av tillskottets bristande likviditet och de refinansieringskostnader som Helaba måste vidkännas för att kunna expandera sin verksamhet maximalt inte beaktats vid värderingen av den särskilda fonden följer nämligen uppenbarligen av att denna värdering gjorts, inte bara av parterna till det omtvistade tillskottet utan även av BAKred. Värderingen har gjorts i syfte att fastställa det belopp som skulle anges som primärkapital i Helabas balansräkning. Detta värde, vilket beräknats för att skydda andra fordringsägare, är således detsamma oavsett om Helaba beslutar sig för att utvidga sin verksamhet eller ej. Det är alltså fråga om ett objektivt värde som inte är beroende av hur den särskilda fonden utnyttjas. Värdet skulle ha varit detsamma om den särskilda fonden hade sålts till ett privat företag eller till ett offentligt organ som endast haft för avsikt att fortsätta fondens verksamhet och det av detta skäl inte hade haft behov av en likviditetsnivå som översteg fondens värde.

271 Denna slutsats bekräftas vidare av den expertrapport som kommissionen begärt under det administrativa förfarandet i WestLB-ärendet. Det exempel som anges i rapporten, avseende en försäljning som gjorts av myndigheterna i Konungariket Storbritannien

och Nordirland av hus som hyrs ut till militär personal till hyror som understiger marknadshyrorna, för vilka köparen erlade ett pris som var lika med kontantvärdet, bekräftar att detta värde motsvarar ett objektivt försäljningspris oberoende av hur köparen avser använda de överförda tillgångarna.

272 Det förhållandet som anges i rapporten och vilket förhållande Bundesverband har åberopat i förevarande mål för att invända mot avräkningen av refinansieringskostnaderna, nämligen att de överförda tillgångarna när väl kontantvärdet beräknats anses generera marknadsmässig ränta, kan emellertid – även om det är riktigt – inte leda till någon annan slutsats. Det framgår nämligen av uttrycket ”det kan antas” i nämnda rapport att det är fråga om en uppskattning och inte en bestämd faktauppgift som kan ligga till grund för att kompensera refinansieringskostnaderna. Det kan således inte uteslutas att fondens kontantvärde några år efter den första värderingen inte är lika med detta första värde ökat med upplupen ränta, utan att värdet är lägre, till exempel på grund av att en del av de beviljade lånen inte har återbetalats. Det framgår vidare av det angripna beslutet, särskilt skälen 18 och 30, att det värde som angetts i balansräkningen har varit stabilt mellan 1999 och 2003 och att införlivandet av den särskilda fonden i Helaba inte medfört något likviditets- eller vinstinflöde för banken, eftersom utbetalningarna avseende lån för att främja socialt bostadsbyggande hänförs till den särskilda fonden och ska användas till stöd. Härav följer att den omständigheten att den särskilda fondens kontantvärde är lägre än dess nominella värde inte medför att Helaba gjort en årlig vinst.

273 Det ska följaktligen, i likhet med vad kommissionen och intervenienterna har hävdat, konstateras att det förhållandet att den särskilda fondens kontantvärde då den införlivades – ett värde som enligt vad som medgetts av parterna och BAKred är lägre än dess nominella värde – inte kompenserar, och inte heller har till uppgift att kompensera, Helabas finansieringskostnader för att på marknaden ta upp likviditet i nivå med det omtvistade tillskottets värde. Förevarande argument ska därför underkännas utan att det är nödvändigt att bifalla Bundesverbands begäran att kommissionen ska föreläggas att inkomma med de två expertrapporter i vilka det omtvistade tillskottets kontantvärde fastställs, vilka anges i skäl 16 i det angripna beslutet.

Argumentet att en investerare inte hade accepterat att refinansieringskostnaderna ska avräknas

274 Bundesverband har gjort gällande att kommissionen, genom att slå fast att en privat investerare hade accepterat en minskning av ersättningen på grund av tillskottets bristande likviditet, har gjort två fel, det ena av bokföringsmässig karaktär och det andra av makroekonomisk karaktär.

275 Felet av bokföringsmässig karaktär består i att det fastställts att det finns ett samband mellan delstaten Hessens beslut att tillskjuta den särskilda fonden och Helabas beslut att acceptera detta tillskott. Bundesverband har påstått att dessa båda beslut avgjorts av parametrar – framtida avkastning, risk, refinansieringskostnader – som inte fastställts av parterna utan av kapitalmarknaden och att en investerare inte skulle ge tillskottet om denne inte kunde förvänta sig en avkastning som motsvarar risken. Vad avser kommissionens kritik enligt vilken Bundesverband har grundat sitt resonemang på ett ”separationsteorem” vilket, förutom att det inte är det enda teorem som uppställts, strider mot kriteriet avseende en privat investerare, har Bundesverband gjort gällande att det endast finns ett enda ”separationsteorem” och att kriteriet avseende en privat investerare inte endast strider mot detta teorem utan grundar sig på det.

276 Felet av makroekonomisk karaktär består i att kommissionen har ansett att en privat investerare skulle ha ställt en del av sina tillgångar till Helabas fordringsägares förfogande på obestämd tid för en ränta på 1,4 procent, vilket inte endast är avsevärt lägre än räntan för riskfria lån vid den aktuella tidpunkten – nämligen 4 procent –, utan även en ränta som inte ens motsvarar inflationen på lång sikt. Bundesverband har vidare bestritt kommissionens påstående att ersättningsnivån var lägre än för ett tillskott i likvid form, eftersom det inte var fråga om ett vanligt tillskott. Bundesverband har i detta avseende gjort gällande att det omtvistade tillskottet inte på något sätt var ovanligt, eftersom tillskott i form av byggnader, mark eller produktionsanläggningar är vanligt förekommande.

277 Vad avser frågan huruvida en investering i ett företag kan kvalificeras som statligt stöd, framgår det av domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB att det inte

kan göras gällande att endast investerarens synpunkter är relevanta vid beräkningen av lämplig ersättning. Förstainstansrätten slog i den domen även fast att det inom ramen för normala marknadsekonomiska villkor hade varit omöjligt för en privat investerare i samma situation som delstaten Nordrhein-Westfalen att bortse från de överförda tillgångarnas bristande likviditet och det förhållandet att dessa tillgångar hade ett begränsat användningsområde för WestLB. Förstainstansrätten fann därför att delstaten Nordrhein-Westfalen inte skulle ha kunnat kräva samma ersättning för detta kapital som för kapital i likvid form (domen i det ovan i punkt 7 nämnda målet WestLB, punkterna 326 och 328). Det ska vidare erinras om att den avgörande omständigheten vid tillämpningen av unionsrätten avseende statligt stöd är huruvida företaget har getts en fördel. Härav följer att i ett sådant fall som det här aktuella, där delstaten Hessen avser att investera en tillgång av särskilt slag, kan en transaktion inte anses utgöra statligt stöd när – i anslutning till förhandlingarna mellan en investeringsvillig offentlig myndighet och företaget – de villkor som företaget är berett att acceptera på grund av de nackdelar som det åsamkas till följd av det överförda kapitalets natur medför att ersättningen är lägre än för likvida investeringar som förhandlats på marknaden. I den mån dessa villkor inte är mer förmånliga för företaget än de villkor som hade kunnat erhållas om transaktionen, i likhet med vad som vanligen förekommer, hade avsett kapital i likvid form, erhåller nämligen företaget inte någon förmån som det inte också hade kunnat erhålla på marknaden. Det kan däremot inte anses att den offentliga myndigheten, för att en sådan transaktion inte ska anses utgöra statligt stöd, alltid ska erhålla samma ersättning för sin investering som en investerare som är beredd att överföra kapital i likvid form.

278 Argumenten avseende inflationen och räntan för riskfria investeringar ska mot denna bakgrund underkännas, eftersom de vilar på förutsättningen att endast investerarens synpunkt ska beaktas och att endast jämförelsen mellan den ersättning som delstaten Hessen erhåller och den ersättning som en investerare som tar samma risk skulle ha krävt är relevant, oberoende av de fördelar och nackdelar som det omtvistade tillskottet ger Helaba i förhållande till referenstransaktionerna.

279 Denna slutsats påverkas inte av Bundesverbands argument enligt vilket det omtvistade tillskottet inte på något sätt var ovanligt, eftersom tillskott av apportegendom såsom byggnader, mark och produktionsanläggningar är vanligt förekommande.

Bundesverband har dels inte gjort gällande att sammansatta primärkapitalinstrument såsom det omtvistade tillskottet tecknas på marknaden i utbyte mot tillgångar som byggnader eller mark, dels bortses i denna jämförelse från att det omtvistade tillskottet är av en speciell natur, även i jämförelse med sådana tillgångar. Det omtvistade tillskottet kännetecknas inte bara av bristande likviditet, utan Helaba kan inte heller erhålla likviditet genom att sälja eller utnyttja tillskottet för egen räkning.

280 Bundesverbands argument avseende det förhållandet att den mellan parterna till det omtvistade tillskottet avtalade räntan är lägre än räntan för riskfria lån och lägre än inflationen innebär mot denna bakgrund inte att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att Helaba endast behövde ersätta delstaten Hessen för den risk som dess tillgångar utsattes för (garantiersättning), eftersom det omtvistade tillskottet inte innebar att likvida medel ställdes till Helabas förfogande och att banken måste skaffa dessa medel på marknaden.

Det förhållandet att en investerare i bästa fall endast hade accepterat att avdrag görs för de refinansieringskostnader som motsvarar Helabas verkliga kostnader

281 Bundesverband har påpekat att Helaba tack vare det omtvistade tillskottet kan utöka sin verksamhet avsevärt och har gjort gällande att refinansieringskostnaderna följaktligen inte ska tillskrivas en ”verksamhetsgren”, utan hela den verksamhet som tillskottet har genererat. Bundesverband har påstått att kommissionen borde ha jämfört de ekonomiska fördelarna och nackdelarna med ett tillskott i likvid form å ena sidan och det omtvistade tillskottet å andra sidan och anser att det omtvistade tillskottets bristande likviditet på sin höjd kunde motivera en minskning av avkastningen och inte en schablonmässig avräkning av refinansieringskostnaderna. Bundesverband anser vidare att kommissionen inte har beaktat den omständigheten att vissa transaktioner inte kräver likviditet, utan genererar intäkter för banken.

282 Bundesverband anser vidare att även om refinansieringskostnaderna i sin helhet skulle beaktas så utgör dessa avdragsgilla kostnader som minskar Helabas beskattningsbara

inkomst, med följd att den verkliga kostnaden för refinansiering efter skatt är lägre än refinansieringskostnaderna.

283 Vad avser Bundesverbands argument att kommissionen skulle ha jämfört de ekonomiska fördelarna och nackdelarna med tillskottet i förhållande till huruvida tillskottet är i likvid form eller ej, ska det konstateras att ett tillskott som inte är i likvid form inte ger en bank några ytterligare fördelar jämfört med ett tillskott i likvid form. Den möjlighet att expandera verksamheten som följer av att det egna kapitalet ökas, såväl för sådan verksamhet som kräver likviditet som för sådan som endast kräver eget kapital i form av garantikapital, är densamma oavsett vilken natur de tillgångar som tillförs banken har. Ett tillskott som inte är i likvid form medför däremot ytterligare kostnader för banken, såvida inte banken endast genomför sådana transaktioner som inte kräver likviditet. Bundesverband har emellertid inte gjort gällande att detta är fallet för Helaba eller för banker som har emitterat passiva tillskott på marknaden. I de beräkningar som Bundesverband har angett i sina inlagor, för att visa att Helabas relativa intäktsbortfall är avsevärt lägre än dess totala kostnader, har Bundesverband för övrigt också utgått från principen att banken kommer att försöka skaffa likviditet i nivå med det överförda beloppet.

284 Bundesverbands beräkningar har vidare gjorts med utgångspunkt från ett exempel som grundas på ett tillskott på 100 euro, en faktor för expansion av verksamheten på 12,5, en refinansieringränta på 4 procent och en låneränta för Helabas kunder på 6,6 procent. Bundesverband har förklarat att Helaba under dessa omständigheter skulle göra en vinst före ersättningen på 36,50 euro vid ett tillskott i likvid form och på 32,50 euro vid ett tillskott i icke likvid form, och att bankens intäktsbortfall vid ett tillskott som inte är i likvid form skulle bli 4 euro, det vill säga 10,96 procent. Bundesverband har följaktligen föreslagit ett avdrag på 10,96 procent från ersättningen för det likvida tillskottet, som uppgår till 5,4 procent, vilket motsvarar räntan för riskfria lån på 4 procent ökad med den garantiersättning som avtalats mellan delstaten Hessen och Helaba på 1,4 procent. Den ersättning som Helaba ska utge till delstaten Hessen ska således enligt Bundesverband vara 4,81 procent.

285 Det ska inledningsvis konstateras att dessa beräkningar till stor del är spekulativa. Om refinansieringskostnaderna för riskfria lån som Bundesverband använt sig av motsvarar den tioåriga statslåneräntan i Tyskland vid tiden för det omtvistade tillskottet,

måsta Helaba likväl betala en ränta som överstiger statslåneräntan för att erhålla en refinansiering på marknaden (se punkt 13 ovan). Vad gäller räntan på 6,6 procent förefaller det, förutom att Bundesverband inte i sina inlagor har förklarat hur denna har beräknats, uppenbart att en bank inte tillämpar en och samma ränta för samtliga transaktioner, vid alla tidpunkter och för alla kunder.

286 Bundesverbands förslag om avdrag av en viss del av refinansieringskostnaderna innebär under alla omständigheter att de högre kostnader som det omtvistade tillskottet medför för Helaba jämfört med ett tillskott i likvid form endast kompenseras till en del. Enligt den beräkning som Bundesverband gjort framgår nämligen att Helabas refinansieringskostnader för att skaffa likviditet på marknaden uppgår till 4 euro för en kapitalanskaffning på 100 euro, medan minskningen av ersättningen till delstaten Hessen endast uppgår till 0,59 euro. Genom att använda Bundesverbands beräkningsmetod skulle därmed Helabas kostnad för det omtvistade tillskottet bli högre än vid ett tillskott i likvid form.

287 Bundesverband har under dessa omständigheter inte med sitt argument visat att kommissionen gjorde en uppenbart oriktig bedömning när den slog fast att bruttorefinansieringskostnaderna i det aktuella fallet kunde dras av för att det omtvistade tillskottet inte skulle bli dyrare för Helaba än ett tillskott i likvid form, vilket en privat investerare inte hade kunnat kräva under de aktuella omständigheterna.

288 Vad avser Bundesverbands argument att nackdelarna för Helaba på grund av refinansieringskostnaderna vägs upp av att dessa kostnader utgör sådana utgifter som minskar den beskattningsbara inkomsten och således skatten för Helaba, är det tillräckligt att konstatera att även om så faktiskt är fallet, är Helabas vinst efter skatt även den lägre än om det hade varit fråga om ett tillskott i likvid form. Det omtvistade tillskottets bristande likviditet medför under dessa omständigheter inte någon fördel för Helaba.

289 Det nu aktuella fallet måste således skiljas från WestLB-ärendet. I det ärendet hade kommissionen – utan att dess agerande senare ifrågasattes av förstainstansrätten – enbart

medgett att nettorefinansieringsräntan kunde dras av och inte bruttorefinansieringsräntan, i likhet med vad som yrkats av Förbundsrepubliken Tyskland och parterna i transaktionen. Eftersom WestLB, i motsats till Helaba, var skyldig att ersätta investeraren efter skatt skulle banken nämligen ha gjort en större vinst vid överföring av icke likvida tillgångar än om kapital i likvid form hade överförts.

290 Eftersom refinansieringskostnadernas påverkan på bankens vinst blev mindre på grund av att de genom att minska den beskattningsbara inkomsten medförde att skatten minskades, var det nämligen nödvändigt att också minska dessa kostnaders påverkan på ersättningen, så att banken inte samtidigt skulle kunna dra nytta både av skatteminskningen och en alltför stor minskning av ersättningen. Genom att från ersättningen dra av nettorefinansieringskostnaderna kompenserade kommissionen således den ökning av WestLB:s utgifter som följde av dessa kostnader och den minskning av kostnaderna som följde av att den ersättning som skulle betalas blev lägre, vilket medförde att transaktionen blev jämförbar med en överföring av likvida medel.

291 Av det ovan anförda följer att Bundesverband inte har visat att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att beakta de refinansieringskostnader som Helaba fick vidkännas till följd av den särskilda fondens bristande likviditet.

292 Bundesverband har under dessa omständigheter inte visat att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att den kostnad som Helaba haft för den del av tillskottet som kunnat användas för att täcka dess konkurrensutsatta verksamhet, vilken följer av den avtalade ersättningen, näringsskatten och refinansieringskostnaderna samt kostnaden på 0,3 procent för resten av det omtvistade tillskottet, motsvarade de kostnader Helaba skulle ha haft om banken hade erhållit tillgångar som gett samma fördelar på marknaden. Kommissionen har särskilt inte gjort en uppenbart oriktig bedömning genom att slå fast att – mot bakgrund av det sammanhang i vilket transaktionen genomfördes – den omständigheten att delstaten Hessen tillförde en betydande del av Helabas primärkapital och att delstaten inte fritt kunde frånträda sin investering, även om risken för delstaten visserligen ökades, inte medförde en ytterligare fördel för Helaba och inte hade möjliggjort för en privat investerare att erhålla en ökning av ersättningen.

293 Talan kan följaktligen inte vinna bifall såvitt avser Bundesverbands grund avseende att kommissionen har åsidosatt artikel 87 EG samt att det angripna beslutet är bristfälligt motiverat.

294 Talan ska följaktligen ogillas.

Bundesverbands övriga yrkanden

295 Bundesverband har begärt att tribunalen i enlighet med artikel 64.3 i rättegångsreglerna ska förelägga kommissionen att förete, för det första den expertrapport om det omtvistade tillskottets förmånsrätt vid Helabas konkurs som ingetts av Förbundsrepubliken Tyskland under det administrativa förfarandet, vilken omnämns i skäl 131 i det angripna beslutet, för det andra de två expertrapporter i vilka det omtvistade tillskottets kontantvärde fastställs och som omnämnds i skäl 16 i det angripna beslutet, och för det tredje det eller de avtal som slutits mellan innehavare av andelar i Helaba, vilket/vilka ger delstaten Hessen ett kontrollerande inflytande och till vilket/vilka kommissionen hänvisade i sitt beslut (K(2005) 3232 slutligt) av den 6 september 2005 om överföring av Hessischer Investitionsfonds som passivt tillskott till Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, vilket beslut angripits i det mål som gett upphov till den dom som har avkunnats denna dag i det ovan i punkt 31 nämnda målet T-36/06, Bundesverband deutscher Banken mot kommissionen.

296 Bundesverband har även begärt att experterna H och F ska höras som vittnen under det muntliga förfarandet.

297 Bundesverband har vidare begärt att tribunalen ska förelägga Helaba att ange sina marknadsandelar i Hessen, Thüringen och i Tyskland under åren 1998–2004.

298 Bundesverband har slutligen begärt att ett flertal vittnen ska höras för det fall kommissionen skulle bestrida vissa av sammanslutningens påståenden vad gäller frågan huruvida talan kan tas upp till sakprövning.

299 Kommissionen har efter en begäran från förstainstansrätten företett den expertrapport om det omtvistade tillskottets förmånsrätt vid Helabas konkurs som ingetts av Förbundsrepubliken Tyskland under det administrativa förfarandet (se punkt 25 ovan). Tribunalen anser emellertid, mot bakgrund av de förklaringar parterna lämnat under förfarandet, att det inte är nödvändigt att begära att kommissionen företer de två expertrapporter i vilka det omtvistade tillskottets kontantvärde fastställs. Vad avser det eller de avtal som ingåtts mellan innehavarna av andelar i Helaba och som kommissionen hänvisar till i beslut K(2005) 3232 slutligt, ska det konstateras att ingen av kommissionens bedömningar i det angripna beslutet grundar sig på delstaten Hessens inflytande över Helaba varför det inte är nödvändigt att förete handlingen.

300 Tribunalen finner även att det saknas anledning att höra experterna H och F som vittnen, eftersom deras rapporter redan lagts till handlingarna.

301 Mot bakgrund av att inget beslut fattats avseende frågan huruvida talan kan tas upp till sakprövning saknas det vidare anledning att medge Bundesverbands begäran att Helaba ska föreläggas att ange sina marknadsandelar i Hessen, i Thüringen och i Tyskland under åren 1998–2004. Det saknas vidare anledning att kalla de personer som vittnen vars hörande begärts för det fall kommissionen skulle bestrida Bundesverbands påståenden avseende frågan huruvida talan kan tas upp till sakprövning.

302 Vad avser Bundesverbands begäran att dess replik ska behandlas konfidentiellt (se punkt 20 ovan), är det tillräckligt att konstatera att eftersom de upplysningar som sammanslutningen betraktar som konfidentiella inte återges i den version av repliken som ingetts saknar denna begäran föremål.

303 Begäran om att vissa handlingar som bifogats repliken ska avlägsnas från akten (se punkt 22 ovan) ska bifallas då det är fråga om kommissionens interna handlingar.

Rättegångskostnader

304 Enligt artikel 87.2 i rättegångsreglerna ska tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Kommissionen, delstaten Hessen och Helaba har yrkat att Bundesverband ska förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Eftersom Bundesverband har tappat målet, ska deras yrkande bifallas.

305 Förbundsrepubliken Tyskland ska enligt artikel 87.4 första stycket i rättegångsreglerna bära sin rättegångskostnad.

Mot denna bakgrund beslutar

TRIBUNALEN (fjärde avdelningen)

följande:

1) De handlingar som ingetts av Bundesverband deutscher Banken eV i bilagorna 9 och 10 i repliken avlägsnas från akten.

2) Talan ogillas.

3) Bundesverband deutscher Banken ska bära sin rättegångskostnad samt ersätta rättegångskostnaderna för Europeiska kommissionen, Land Hessen och Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale.

4) Förbundsrepubliken Tyskland ska bära sin rättegångskostnad.

Czúcz Vadapalas Labucka

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 3 mars 2010.

Underskrifter

Innehållsförteckning

Bakgrund till tvisten ..... II - 394

A — Det omtvistade tillskottet ..... II - 394

B — Mål avseende tyska Landesbanken ..... II - 396

C — Det angripna beslutet ..... II - 397

Förfarandet och parternas yrkanden ..... II - 399

Rättslig bedömning ..... II - 402

A — Upptagande till sakprövning ..... II - 402

B — Prövning i sak ..... II - 403

1. Det sammanhang i vilket det omtvistade tillskottet förhandlades fram ... II - 406

2. Huruvida den progressiva modellen ska beaktas ..... II - 409

a) Det angripna beslutet ..... II - 409

b) Parternas argument ..... II - 410

c) Tribunalens bedömning ..... II - 411

3. Huruvida kommissionen felaktigt slagit fast att det omtvistade tillskottet var ett ”normalt” passivt tillskott och inte en investering i aktiekapitalet ..... II - 417

a) Det angripna beslutet ..... II - 417

b) Parternas argument ..... II - 419

c) Tribunalens bedömning ..... II - 421

De särdrag vilka kommissionen lade till grund för sin bedömning att ersättningen för det omtvistade tillskottet skulle jämföras med ersättningen för tidsbegränsade passiva tillskott ..... II - 424

— Förlustrisk vid konkurs eller likvidation ..... II - 424

— Avkastningsprofil ..... II - 427

De särdrag hos det omtvistade tillskottet som enligt kommissionen inte utgör hinder för att jämföra ersättningen för det omtvistade tillskottet med ersättningen för tidsbegränsade passiva tillskott ..... II - 431

— Volymen ..... II - 431

— Aktiekapitalbuffert ..... II - 436

— Tillskottets varaktighet och frånvaron av möjlighet att dra sig ur investeringen ..... II - 440

Särdrag hos det omtvistade tillskottet som inte åberopats under det administrativa förfarandet och som inte undersökts i det angripna beslutet ..... II - 442

Situationen på marknaden vid tidpunkten för det omtvistade tillskottets införlivande ..... II - 445

Slutsats avseende kvalificeringen av det omtvistade tillskottet som passivt tillskott ..... II - 449

4. Jämförelsen mellan ersättningen för det omtvistade tillskottet med på marknaden förkommande garantiersättningar ..... II - 450

a) Huruvida näringsskatten ska beaktas ..... II - 451

Det angripna beslutet ..... II - 451

Parternas argument ..... II - 451

Tribunalens bedömning ..... II - 452

b) Jämförelsen mellan den grundläggande ersättningen och på marknaden förekommande garantiersättningar ..... II - 454

Det angripna beslutet ..... II - 454

Parternas argument ..... II - 455

Tribunalens bedömning ..... II - 456

Slutsats avseende jämförelsen mellan den grundläggande ersättningen och på marknaden förekommande garantiersättningar ..... II - 466

c) Jämförelsen mellan påslaget för tillskottetes varaktighet och det marknadsmässiga garantibeloppet ..... II - 466

Det angripna beslutet ..... II - 466

Parternas argument ..... II - 467

Tribunalens bedömning ..... II - 469

Slutsats avseende undersökningen av huruvida garantiersättningen är marknadsmässig ..... II - 472

5. Den omständigheten att kommissionen från ersättningen har dragit av de refinansieringskostnader som Helaba måste erlägga på grund av tillskottets bristande likviditet ..... II - 473

a) Det angripna beslutet ..... II - 473

b) Parternas argument ..... II - 473

c) Tribunalens bedömning ..... II - 474

Argumentet att den bristande likviditeten redan har beaktats genom ett minskat integrationsvärde ..... II - 476

Argumentet att en investerare inte hade accepterat att refinansieringskostnaderna ska avräknas ..... II - 478

Det förhållandet att en investerare i bästa fall endast hade accepterat att avdrag görs för de refinansieringskostnader som motsvarar Helabas verkliga kostnader ..... II - 480

Bundesverbands övriga yrkanden ..... II - 484

Rättegångskostnader ..... II - 486