ROZSUDEK TRIBUNÁLU (čtvrtého senátu)

3. března 2010 *

Ve věci T-163/05,

Bundesverband deutscher Banken eV, se sídlem v Berlíně (Německo), zastoupený H.-J. Niemeyerem, K.-S. Scholzem a J.-O. Lenschowem, advokáty,

žalobce,

proti

Evropské komisi, zastoupené N. Khanem a T. Scharfem, jako zmocněnci,

žalované,

* Jednací jazyk: němčina.

podporované

Spolkovou republikou Německo, zastoupenou M. Lummou a C. Schulze-Bahr, jako zmocněnci, ve spolupráci s J. Wittingem, advokátem,

Land Hessen (Německo), původně zastoupenou H.-J. Freundem a M. Holzhäuserem, dále H.-J. Freundem a S. Lehrem, advokáty,

a

Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, se sídlem v Frankfurtu nad Mohanem (Německo), zastoupenou H.-J. Freundem, advokátem,

vedlejšími účastnicemi řízení,

jejímž předmětem je návrh na zrušení rozhodnutí Komise 2006/742/ES ze dne 20. října 2004 o podpoře poskytnuté Německem ve prospěch společnosti Landesbank Hessen-Thüringen – Girozentrale (Úř. věst. 2006, L 307, s. 159),

TRIBUNÁL (čtvrtý senát),

ve složení O. Czúcz (zpravodaj), předseda, V. Vadapalas a I. Labucka, soudci,

vedoucí soudní kanceláře: C. Kristensen, rada,

s přihlédnutím k písemné části řízení a po jednání konaném dne 9. září 2008,

vydává tento

Rozsudek

Skutečnosti předcházející sporu

A – *Sporný vklad*

1 Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (dále jen „Helaba“) je jednou z největších německých bank. Má právní status veřejnoprávního subjektu. Od 1. ledna 2001 jsou vlastníky Helaba společnost Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen, s podílem ve výši 85 %, Land Hessen (spolková země Hesensko) (dále jen „Spolková země“) s podílem ve výši 10 %, a Land Thüringen (Spolková země Durynsko), s podílem ve výši 5 %. Helaba funguje jako základní banka Spolkových zemí Hesensko

a Durynsko a jako centrální banka hesenských a durynských spořitelen. Je činná rovněž jakožto komerční banka jak na vnitrostátním trhu, tak na mezinárodních trzích.

2 Zákonem ze dne 17. prosince 1998 založila Spolková země zvláštní fond nazvaný Wohnungswesen und Zukunftsinvestition (bytová výstavba a investice do budoucna, dále jen „zvláštní fond"). Tento zvláštní fond zahrnuje pohledávky Spolkové země z úvěrů se sníženou úrokovou sazbou poskytnutých mezi léty 1948 a 1998 na podporu výstavby sociálních bytů. Ke dni 31. prosince 1998 činil stav půjčky 7,829 miliard německých marek (DEM) (přibližně 4 miliardy eur). Její současnou hodnotu stanovili dva nezávislí znalci ve výši 2,473 miliard DEM (1,264 miliard. eur).

3 Zvláštní fond byl smlouvou (dále jen „smlouva") mezi Helaba a Spolkovou zemí ve formě vnitřní společnosti vložen s účinností ke dni 31. prosinci 1998 do kapitálu banky Helaba jako „majetkový vklad tichého společníka" (dále jen „sporný vklad"). Podle čl. 1 odst. 2 smlouvy měl vklad u banky Helaba sloužit trvale jako vlastní kapitál k zajištění, a to ve formě základních vlastních zdrojů. Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (spolkový úřad dohledu nad úvěrovými institucemi, dále jen „BAKred") skutečně uznal celý vklad jako základní vlastní zdroje. Měl tak zejména za to, že vklad je v souladu s Prohlášením ze Sydney, tiskovým sdělením basilejského výboru pro bankovní dohled ze dne 27. října 1998, které uvádí, že podíl hybridních nástrojů vlastního kapitálu (finančních nástrojů, které mají určité vlastnosti jak majetkového podílu, tak půjčky) v základních vlastních zdrojích úvěrových institucí nesmí přesahovat 15 %, kromě případů nástrojů, pro které je stanoveno ve smlouvě, která je upravuje, že kapitál je vložen trvale a není doprovázen žádnou výslovnou vlastností – jinou než pouhá možnost předčasného vrácení emitentem – jež by mohla vést k vrácení nástroje.

4 Smluvní strany se dohodly, že Helaba zaplatí Spolkové zemi za tento vklad tichého společníka úhradu ve výši 1,4 % za rok z výše vkladu, přičemž se odečte část nezbytná k zajištění činnosti podpory výstavby sociálních bytů. Tato úhrada se skládá z úhrady

za funkci zajištění ve výši 1,2 % za rok a přirážky ve výši 0,2 % za trvalost vkladu a za jednostranné právo banky Helaba na odstoupení. V tomto ohledu bylo v souladu se stupňovitým modelem stanoveno, že úhrada nebude v prvních čtyřech letech (1998 až 2002) hrazena ve vztahu k celé hodnotě převedených aktiv, nýbrž ve vztahu k tranším rostoucím postupně každý rok (dále jen „stupňovitý model"). Tranše byly stanoveny na 700 milionů, 1,2 miliardy, 1,6 miliardy a 2 miliardy DEM (tedy přibližně 380 milionů, 610 milionů, 820 milionů a 1,02 miliardy eur).

B – *Věci týkající se německých Landesbanken*

5 Dopisem ze dne 31. května 1994 a 21. prosince 1994 sdělil žalobce Bundesverband deutscher Banken e.V. (Spolkový svaz německých bank) Komisi Evropských společenství, že určitý počet spolkových zemí, mezi nimi spolková země Severní Porýní-Vestfálsko, vložily půjčky na bytovou výstavbu do vlastních zdrojů na zajištění určitých Landesbanken (zemské banky), jako je Westdeutsche Landesbank Girozentrale (dále jen „WestLB"), nebo že mají v úmyslu to učinit. Podle žalobce za tyto vklady nebyla sjednána žádná úhrada v souladu s kritériem soukromého investora v tržním hospodářství (dále jen „kritérium soukromého investora"), takže zvýšení vlastních zdrojů dotyčných Landesbanken vyplývající z těchto transakcí narušuje hospodářskou soutěže ve prospěch bank, které byly jejich příjemci.

6 Dvěma dopisy ze dne 6. srpna 1997 a 30. července 1998 informoval žalobce Komisi o dvou dalších převodech aktiv, včetně sporného vkladu.

7 Komise nejdřív přezkoumala převod aktiv ve prospěch WestLB (dále jen věc „WestLB"), přičemž prohlásila, že přezkoumá převody ve prospěch jiných bank s ohledem na výsledky této věci. Dne 8. července 1999 přijala Komise rozhodnutí 2000/392/ES o opatření provedeném Německem ve prospěch WestLB (Úř věst. 2000,

L 150, s. 1, dále jen „rozhodnutí WestLB z roku 1999“), kterým prohlásila, že dotčená transakce představuje státní podporu neslučitelnou se společným trhem, a nařídila vrácení uvedené podpory. Toto rozhodnutí bylo zrušeno rozsudkem Tribunálu ze dne 6. března 2003, Westdeutsche Landesbank Girozentrale a Land Nordrhein-Westfalen v. Komise (T-228/99 a T-233/99, Recueil, s. II-435, dále jen „rozsudek WestLB“) z důvodu nedostatečného odůvodnění.

8 Dopisem ze dne 13. listopadu 2002 informovala Komise Spolkovou republiku Německo o svém rozhodnutí zahájit formální vyšetřovací řízení týkající se zejména sporného vkladu. Rozhodnutí o zahájení řízení týkajícího se sporného vkladu bylo zveřejněno v *Úředním věstníku Evropské unie* (Úř. věst. 2003, C 72, s. 3).

C – *Napadené rozhodnutí*

9 Dne 20. října 2004 přijala Komise rozhodnutí 2006/742/ES o podpoře poskytnuté Německem ve prospěch společnosti Landesbank Hessen-Thüringen – Girozentrale (Úř. věst. 2006, L 307, s. 159, dále jen „napadené rozhodnutí“).

10 V napadeném rozhodnutí měla Komise za to, že jelikož byl zvláštní fond uznán ze strany BAKred jako základní vlastní zdroje banky Helaba, je třeba, pro účely přezkoumání toho, zda chování Spolkové země odpovídalo chování soukromého investora, srovnat sporný vklad s nástroji vlastního kapitálu, které byly v Německu v roce vložení vkladu uznány jako základní vlastní zdroje a které měla konkrétně Helaba k dispozici v okamžiku převodu pro investici takového rozsahu, to znamená investici, která jasně překračovala 15 % základních vlastních zdrojů banky Helaba. V tomto ohledu zamítla argument žalobce, podle kterého vlastnosti sporného vkladu, tak jak vyplývaly ze smlouvy uzavřené mezi Spolkovou zemí a Helaba, činily uvedený vklad podobnější

vkladu do základního kapitálu než „běžnému“ vkladu tichého společníka, to znamená vkladu na dobu určitou (body 128 až 139 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

11 Pokud jde o výpočet úhrady, kterou by soukromý investor požadoval za takový vklad, jako je sporný vklad, rozlišovala Komise částku, kterou měla Helaba k dispozici k zajištění svých obchodních činností, a částku, kterou podle Komise nemohla Helaba z různých důvodů za tímto účelem použít (body 141 a 142 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

12 Pokud jde o částku, kterou měla Helaba k dispozici k zajištění svých obchodních činností, Komise se zaprvé domnívala, že je třeba zohlednit skutečnost, že Helaba musí platit daň z průmyslových a obchodních podniků (dále jen „živnostenská daň“), kterou musí hradit průmysloví a obchodní investoři vykonávající své činnosti v Německu, ale která v projednávaném případě musí být placena Helaba, protože Spolková země jí nepodléhá (body 157 až 159 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

13 Zadruhé Komise vysvětluje, že sazba používaná jako reference pro výpočet úhrady je na trhu pevně stanovená – odpovídající obecně výnosnosti státních dluhopisů s desetiletou zbývající dobou platnosti – nebo variabilní – odpovídající sazbě na mezibankovním peněžním trhu, jako je sazba Libor nebo Euribor. Uvádí, že nezávisle na druhu použité referenční sazby se připojuje přirážka k úhradě, jejíž složení se liší podle toho, zda je úhrada variabilní, nebo pevně stanovená. Vysvětluje, že pokud je úhrada variabilní, přirážka k úhradě odpovídá úhradě za zajištění, kterou splňuje dotčený vklad tichého společníka (dále jen „úhrada za zajištění“). Pokud je naopak úhrada pevně stanovená, skládá se přirážka k úhradě ze dvou prvků: z přirážky týkající se refinancování, to znamená z přirážky ve vztahu k výnosnosti státních dluhopisů, kterou banka musí zaplatit na trhu, aby si pořídila likviditu a úhrady za zajištění odpovídající rizikovému profilu dotčeného vkladu tichého společníka (bod 162 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

14 Vzhledem k tomu, že sporný vklad neimplikuje převod likvidity a předpokládá dodatečné náklady na refinancování pro Helaba, má Komise za to, že Helaba musí Spolkové zemi platit pouze úhradu za zajištění (body 162, 184 až 187 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

15 Pokud jde o tedy o to, zda je dohodnutá úhrada, zvýšená o účinek živnostenské daně, běžná na trhu, Komise měla za to, že jelikož se uvedená úhrada nachází v horní části tržního rozpětí pro úhradu za zajištění, nic jí neumožňuje dospět k závěru, že Helaba byla zvýhodněná, a tedy měla prospěch ze státní podpory (body 172 a 183 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

16 Pokud jde o částku, kterou podle Komise neměla Helaba k dispozici pro zajištění obchodních činností, protože musela sloužit k zajištění činností zvláštního fondu na podporu výstavbu sociálních bytů nebo z důvodu stupňovitého modelu, měla Komise za to, že její zaúčtování do rozvahy banky Helaba již v okamžiku vložení vkladu s sebou neslo pro banku Helaba výhodu, protože fungovala jako aval, který musí být v rozporu s tím, co si strany dohodly, hrazen, a to ve výši 0,3 % ročně před zdaněním. Měla rovněž za to, že Helaba obdržela státní podporu ve výši 6,09 milionů eur (body 155 a 190 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

Řízení a návrhová žádání účastníků řízení

17 Návrhem došlým kanceláři Tribunálu dne 18. dubna 2005 podal žalobce projednávanou žalobu.

18 Podáními došlými kanceláři Tribunálu dne 29. července a 4 a 8. srpna 2005, požádaly Helaba, Spolková republika Německo a Spolková země, aby mohly vstoupit do tohoto

řízení jako vedlejší účastníci na podporu Komise. Usnesením ze dne 30. září 2005 povolil předseda třetího senátu Tribunálu tato vedlejší účastenství.

19 Žalobce požádal dopisy ze dne 9. a 23. srpna 2005 a 15. prosince 2005, aby byly určité důvěrné skutečnosti obsažené v žalobě a v replice vyloučeny ze sdělení vedlejším účastnicím. Předložil znění těchto spisů, které nebylo důvěrné. Vedlejším účastnicím byla sdělena pouze tato nedůvěrná znění spisů. Vedlejší účastníce řízení k tomu nevznesli námitku.

20 Žalobce oznámil Tribunálu dopisem ze dne 20. prosince 2005, že nejmenoval banky, které mu poskytly určité údaje obsažené v replice, protože se uvedené banky obávaly závažného narušení svých obchodních vztahů s bankou Helaba, pokud by zjistila jejich jména. Vysvětlil, že tyto informace budou poskytnuty pouze Tribunálu na jeho žádost.

21 Vedlejší účastnice řízení předložily svá vyjádření ve stanovených lhůtách. Žalobce rovněž předložil svá vyjádření ke spisům vedlejších účastnic ve stanovených lhůtách. Komise se vzdala práva předložit vyjádření k uvedeným spisům.

22 Dopisem ze dne 28. března 2006 požádala Komise Tribunál, aby ze spisu vyňal některé přílohy k replice. Vzhledem k tomu, že žalobce neprotestoval proti této žádosti pokud jde o přílohu repliky C.3, byla tato příloha rozhodnutím předsedy třetího senátu ze dne 28. června 2006 vyňata ze spisu. Bylo rozhodnuto, že o dalších přílohách, jejichž vynětí Komise navrhovala, bude rozhodnuto později.

23 Vzhledem k tomu, že složení senátů Tribunálu bylo změněno, byl soudce zpravodaj přidělen čtvrtému senátu, kterému tedy byla přidělena projednávaná věc.

24 Vzhledem k ukončení funkčního období jednoho z členů senátu určil předseda Tribunálu na základě čl. 32 odst. 3 jednacího řádu Tribunálu pro doplnění senátu jiného soudce.

25 Na základě zprávy soudce zpravodaje rozhodl Tribunál (čtvrtý senát) zahájit ústní část řízení a v rámci organizačních procesních opatření stanovených v článku 64 jednacího řádu vyzval Komisi, aby předložila určité dokumenty, a položil účastníkům řízení otázky, na které ve stanovené lhůtě odpověděli.

26 Řeči účastníků řízení a jejich odpovědi na ústní otázky Tribunálu byly vyslechnuty na veřejném jednání dne 9. září 2008. Na tomto jednání bylo Komisi povoleno odpovědět písemně na jednu z otázek položených Tribunálem. Komise odpověděla dopisem ze dne 19. září 2008 a dne 2. října 2008; předložil žalobce vyjádření k této odpovědi. Ústní část řízení byla skončena dne 8. října 2008.

27 Žalobce navrhuje, aby Tribunál:

– zrušil napadené rozhodnutí;

– uložil Komisi náhradu nákladů řízení.

28 Komise, podporovaná vedlejšími účastnicemi řízení, navrhuje, aby Tribunál:

– prohlásil žalobu za nepřípustnou a podpůrně ji zamítl jako neopodstatněnou;

– uložil žalobci náhradu nákladů řízení.

Právní otázky

A – *K přípustnosti*

29 Komise uvádí, že žaloba je pravděpodobně nepřípustná, protože žalobce není napadeným rozhodnutím osobně dotčen.

30 Je třeba připomenout, že soud je oprávněn posoudit podle okolností každého případu, zda řádný výkon spravedlnosti odůvodňuje zamítnutí žaloby po její meritorní stránce, aniž by předtím rozhodl o námitce nepřípustnosti vznesené žalovaným (rozsudek Soudního dvora ze dne 26. února 2002, Rada v. Boehringer, C-23/00 P, Recueil, s. I-1873, body 51 a 52, a rozsudek Tribunálu ze dne 13. září 2006, Sinaga v. Komise, T-217/99, T-321/00 a T-222/01, Sb. rozh. s. II-67, bod 68).

31 V projednávaném případě je třeba poznamenat, že i když projednávaná věc a věc, v níž byl vydán rozsudek Tribunálu z tohoto dne, Bundesverband deutscher Banken v. Komise (T-36/06, Sb. rozh. s. II-537) vyvolávají otázky přípustnosti, které

jsou z důvodu právního základu každého z napadených rozhodnutí částečně odlišné, meritorní otázky jsou v podstatě podobné, protože účastníci řízení opakují ve věci, v níž byl vydán posledně uvedený rozsudek, velké množství argumentů vznesených v rámci tohoto řízení. Proto má Tribunál za to, že je třeba se nejdříve vyjádřit k žalobním důvodům uplatněným žalobcem, aniž by předtím rozhodl o námitce nepřípustnosti vznesené Komisí, jelikož žaloba na neplatnost je v každém případě a z důvodů uvedených níže neopodstatněná.

B – *K věci samé*

32 Žalobce uvádí, že napadené rozhodnutí je v rozporu s čl. 87 odst. 1 ES v rozsahu, v němž úhrada dohodnutá mezi Spolkovou zemí a Helaba za část vkladu, kterou mohla Helaba použít k zajištění svých obchodních činností, není v souladu s úhradou, kterou by požadoval soukromý investor v okamžiku, kdy došlo k transakci, a že skutečnost, že se Spolková země vzdala přiměřené úhrady, představuje státní podporu. Krom toho tvrdí, že některá posouzení obsažená v napadeném rozhodnutí jsou nedostatečně odůvodněná.

33 Konkrétněji žalobce nejprve uvádí, že se Komise neopřela o situaci na trhu v okamžiku, kdy došlo ke vložení sporného vkladu. Dále kritizuje posouzení Komise týkající se každé z etap, které sledovala, aby dospěla k závěru, že úhrada dohodnutá za část sporného vkladu, kterou mohla Helaba použít k zajištění svých obchodních činností, nepředstavuje státní podporu. Zaprvé kritizuje skutečnost, že Komise měla za to, že pro účely srovnání úhrady dohodnuté za sporný vklad s úhradou za jiné transakce uskutečněné na trhu se uvedený vklad blíží spíše vkladu tichého společníka na určitou dobu než investici do základního kapitálu. Zadruhé kritizuje skutečnost, že Komise souhlasila s řešením, které stanovilo progresivní úhradu za část sporného vkladu, kterou Helaba mohla použít k zajištění svých obchodních činností v souladu se

stupňovitým modelem. Zatřetí kritizuje posouzení Komise ohledně případných zvýšení nebo snížení, která mohou být použita na rozpětí tržní úhrady za zajištění, aby se zohlednily zvláštnosti sporného vkladu. Začtvrté kritizuje skutečnost, že Komise odečetla z úhrady, která by byla vyžadována na trhu, náklady na refinancování, které nese Helaba z důvodu údajné chybějící likvidity vkladu.

34 Úvodem je třeba připomenout, že cílem čl. 87 odst. 1 ES je zabránit tomu, aby obchod mezi členskými státy byl dotčen různými způsoby zvýhodnění poskytovanými veřejnými orgány, které narušují nebo mohou narušit hospodářskou soutěž tím, že zvýhodňují určité podniky nebo určitá odvětví výroby.

35 Pro účely posouzení toho, zda je státní opatření podporou, je tedy třeba určit, zda podnik, který je jeho beneficientem, získává hospodářskou výhodu, kterou by za běžných tržních podmínek nezískal (rozsudek Soudního dvora ze dne 11. července 1996, SFEI a další, C-39/94, Recueil, s. I-3547, bod 60; rozsudek WestLB, bod 7 výše, body 207 a 243).

36 V tomto ohledu není možné mít za to, že přezkum, který spočívá v ověření, zda transakce proběhla za běžných tržních podmínek, se musí nezbytně uskutečnit ve vztahu k jedinému investorovi nebo podniku, který je příjemcem investice, ačkoliv tržní hospodářství se vyznačuje právě interakcí mezi různými hospodářskými subjekty (rozsudek WestLB, bod 7 výše, bod 327). Krom toho nevyžaduje tento přezkum ani to, aby se zcela odhlédlo od omezení spojených s povahou převáděného majetku, jelikož je třeba vycházet z chování soukromého investora, který se nachází v situaci co nejbližší situaci veřejného investora (viz v tomto smyslu rozsudky Soudního dvora ze dne 16. května 2002, Francie v. Komise, C-482/99, Recueil, s. I-4397, bod 70; ze dne

28. ledna 2003, Německo v. Komise, C-334/99, Recueil, s. I-1139, bod 133, a rozsudek WestLB, bod 7 výše, bod 270).

37 Za těchto okolností je Komise povinna – aby posoudila, zda podnik získal výhodu, kterou by nemohl získat za tržních podmínek – provést úplnou analýzu všech relevantních skutečností sporné transakce a jejího kontextu, včetně situace podniku, který je beneficientem, a dotčeného trhu (rozsudek WestLB, bod 7 výše, bod 251). V tomto ohledu může Komise zejména zkoumat otázku, zda v případě, jako je projednávaný případ, mohl podnik získat od jiných investorů prostředky přinášející mu stejné výhody, a případně za jakých podmínek, jelikož opatření nemůže představovat státní podporu, pokud nestaví podnik do výhodnější situace, než v jaké by se nacházel bez zásahu veřejného orgánu.

38 Je konečně třeba připomenout, že posouzení Komisí otázky, zda investice poskytuje výhodu, kterou by podnik nemohl získat na trhu, vyžaduje komplexní hospodářské posouzení. Přitom při přijímání aktu, který předpokládá takové posouzení, má Komise rozsáhlou posuzovací pravomoc a soudní přezkum tohoto aktu, i když otázka, zda opatření spadá do působnosti čl. 87 odst. 1 ES, je v zásadě předmětem plného přezkumu, se omezuje na ověření dodržení procesních pravidel a pravidel týkajících se odůvodnění, věcné správnosti skutkových zjištění použitých k provedení zpochybněné volby, neexistence zjevně nesprávného posouzení těchto skutkových zjištění stavu nebo neexistence zneužití pravomoci. Tribunálu zejména nepřísluší nahrazovat svým hospodářským posouzením posouzení orgánu, který rozhodnutí vydal (rozsudky Tribunálu ze dne 15. září 1998, BFM a EFIM v. Komise, T-126/96 a T-127/96, Recueil, s. II-3437, bod 81; ze dne 12. prosince 2000, Alitalia v. Komise, T-296/97, Recueil, s. II-3871, bod 105, a WestLB, bod 7 výše, bod 282).

39 Před přezkumem různých výtek vznesených žalobcem proti napadenému rozhodnutí je třeba analyzovat argumenty účastníků řízení týkající se kontextu, ve kterém byl sporný vklad vyjednán.

1. *Kontext, ve kterém byl sporný vklad vyjednán*

40 Žalobce uvádí, že je nesprávné mít za to, že Helaba nepotřebovala vklad základních vlastních zdrojů a že vklad byl hlavně v zájmu Spolkové republiky Německo, obzvláště Spolkové země.

41 Komise, podporovaná Spolkovou zemí a Helaba, zpochybňuje tento popis kontextu věci.

42 Pokud jde o situaci banky Helaba, je třeba konstatovat, že před vložením sporného vkladu měla podíl základních vlastních zdrojů ve výši 5,4 % a podíl vlastních zdrojů ve výši 9,6 %, oba vyšší než minimální podíly stanovené zákonem, a sice 4 % a 8 % (body 28 a 32 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Na rozdíl od věci WestLB, kterou žalobce opakovaně uplatnil, se žádná ze změn použitelné právní úpravy v roce 1998 nevázala k nezbytnosti zvýšení podílu vlastních zdrojů evropských bank. Skutečnost, že podíly Helaba byly méně výhodné než podíly velkých německých soukromých bank, nemůže znamenat, že sporný vklad byl nezbytný pro její přežití nebo zachování objemu činnosti, protože není možné mít za to, že všechny německé banky, které nemají podíly jako velké soukromé banky, potřebují kapitálovou injekci. V každém případě žalobce nesdělil podíly vlastního kapitálu ve velkých soukromých bankách pro rok 1998, ale pouze pro období 1984 až 1994.

43 Za těchto okolností je třeba konstatovat, že Helaba potřebovala nové prostředky pouze v míře nezbytné k dosažení cílů růstu stanovených v jejím obchodním plánu. Kromě skutečnosti, že případné nezískání zdrojů nezbytných pro tento účel by mělo za následek pouze zabránění jejímu růstu a nenarušilo by ani její přežití, ani objem

jejích činností v rozhodné době, vyžadovaly cíle růstu stanovené obchodním plánem banky Helaba, v souladu s vyjádřením Spolkové republiky Německo uvedeném v bodě 54 odůvodnění napadeného rozhodnutí pouze zvýšení základních vlastních zdrojů o částku značně nižší než částka sporného vkladu, anebo tranše, které stanovil stupňovitý model.

44 Prohlášení předsedy správní rady banky Helaba zveřejněné v německém tisku v roce 1998 a uplatněné žalobcem, nezpochybňuje toto zjištění. Z tvrzení tohoto předsedy, podle kterého „pokud to vývoj na mezinárodní úrovni umožní, [Helaba] [by] chtěla získat [zvláštní fond] jakožto vlastní zdroje za úhradu běžnou na trhu", nelze v žádném případě vyvodit závislost banky Helaba na sporném vkladu. Naléhavá potřeba vlastních zdrojů nemůže být ani vyvozena z jeho tvrzení, podle kterého „[by] přinejmenším dlouhodobě bylo třeba položit si otázku financování vlastních zdrojů banky Helaba".

45 Z uvedených tvrzení zajisté vyplývá, že Helaba měla zájem na sporném vkladu a že tento jí měl umožnit uspokojit její potřeby ohledně vlastních zdrojů během vícero let a zvýšit její rizikové činnosti. Helaba skutečně navrhla převzetí zvláštního fondu ve formě vkladu tichého společníka pouze proto, že z něho očekávala zisky. Neznamená to nicméně, že byla na sporném vkladu závislá nebo že nemohla zvýšit základní vlastní zdroje za pomoci soukromých investorů.

46 Pokud jde o situaci Spolkové země, z napadeného rozhodnutí a ze spisu vyplývá, že chtěla dosáhnout dodatečných zisků tím, že použije portfolio podpory na výstavbu sociálních bytů pro jiné účely, že jej ale nechtěla prodat, aby se mohlo zachovat jeho

určení na činnosti podpory, že si nepřála jej rozdělit mezi vícero zařízení – jednak z důvodu skutečnosti, že jakožto obnovitelný fond musí být refinancován ze splácení poskytnutých půjček, a jednak z důvodu nákladů a ztráty flexibility při správě podpory, které z toho vyplývají – a že chtěla organizovat správu fondu co nejúčinněji a nejhospodárněji (bod 20 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

47 Helaba prohlásila, že je ochotna převzít a spravovat celé portfolio podpory tvořící zvláštní fond. Zejména skutečnost, že Helaba již spravovala fondy a programy podpory, a skutečnost, že jelikož se jednalo o veřejnoprávní banku, Spolková země nad ní vykonávala dohled a měla nejlepší nástroje ke sledování její solventnosti a jejího vývoje, Spolkovou zemi přesvědčily, že Helaba je vhodným partnerem. Družstevní banky sice spontánně projevily svůj zájem o zvláštní fond, ale přály si, aby jim jej Spolková země prodala. Krom toho přes údajně velmi nízkou úhradu dohodnutou za sporný vklad a skutečnost, že záměr Spolkové země převést fond byl veřejně známý, přičemž žalobce se o něm dozvěděl nejpozději v létě 1998, nepředložily velké soukromé banky na rozdíl od družstevních bank konkurující nabídky.

48 S ohledem na tento kontext je tedy třeba zkoumat argumenty účastníků řízení a určit, zda se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla v zásadě za to, že finanční zátěž banky Helaba spojená s částí zvláštního fondu, kterou mohla používat k zajištění svých obchodních činností, nebyla nižší než ta, kterou by nesla za běžných tržních podmínek k získání stejných výhod, a že v důsledku toho sporný vklad neznamenal státní podporu.

49 Vzhledem k tomu, že jeden z argumentů žalobce týkající se údajně nesprávné kvalifikace sporného vkladu jako vkladu tichého společníka, jakož i údajně příliš vysoké úrovně úhrady vychází z příliš vysokého objemu vkladu, a vzhledem k tomu, že

Komise zpochybňuje tento argument tím, že se opírá o stupňovitý model, je třeba přezkoumat nejprve tuto otázku.

2. *Ke zohlednění stupňovitého modelu*

a) Napadené rozhodnutí

50 Jak bylo uvedeno výše v bodě 11, Komise měla za to, že je třeba rozlišovat úhradu za část sporného vkladu, kterou měla Helaba k dispozici pro zajištění svých obchodních činností a úhradu za část vkladu, kterou z různých důvodů k dispozici neměla.

51 Pokud jde o určení části sporného vkladu, kterou měla Helaba k dispozici pro zajištění svých obchodních činností, Komise souhlasila se zohledněním stupňovitého modelu dohodnutého mezi stranami, podle kterého nebude v prvých čtyřech letech po vložení sporného vkladu úhrada ve výši 1,4 % stanovená ve smlouvě placena z celého vkladu, s výjimkou části nezbytné k zajištění činnosti podpory na výstavbu sociálních bytů, nýbrž z předem sjednaných tranší. Komise odůvodnila souhlas se stupňovitým modelem tím, že uvedla jednak to, že i když Helaba mohla fond *de facto* používat od počátku, uvedla, že potřebuje aktiva vnesená za účelem zajištění jejích obchodních činností pouze postupně, a jednak to, že v rámci dohodnutých tranší byla zohledněna možnost použití, a nikoliv skutečnéu použití. Komise se domnívala, že soukromý investor v situaci Spolkové země, která nechtěla rozdělit zvláštní fond, by nemohl prosadit rychlejší zvýšení kapitálového základu, ze kterého se musí hradit dohodnutá sazba ve výši 1,4 % (body 143 až 146 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Měla

nicméně za to, že část sporného vkladu překračující sjednané tranše měla být hrazena v sazbě 0,3 % (body 142, 191 a 192 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

b) Argumenty účastníků řízení

52 Žalobce uvádí, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla za to, že stupňovitý model odpovídá kritériu soukromého investora. Tvrdí, že – jak uznala samotná Komise – otázka, zda emitent skutečně použije celou částku k zajištění svých obchodních činností, nemá pro investora význam, protože pro něj je důležitá pouze skutečnost, že dal bance k dispozici svůj majetek, a vzdal se tak jeho používání a riskuje jeho ztrátu.

53 Domnívá se, že důvody vznesené Komisí, pro které přese všechno souhlasila se stupňovitým modelem, jsou nesprávné.

54 Pokud jde o skutečnost, že Helaba informovala Spolkovou zemi o tom, že nebude od počátku používat celý sporný vklad, žalobce uvádí, že i když se Helaba možná chovala z hospodářského hlediska rozumně, když vyžadovala stupňovitý model, není tomu tak v případě Spolkové země, protože soukromý investor by se za těchto okolností nevzdal části své úhrady, ale hledal by jiné možnosti investování, které by mu umožnily maximalizovat zisky nebo přinejmenším by převedl zvláštní fond postupně a v závislosti na potřebách banky Helaba. Na jednání žalobce v odpovědi na otázku Tribunálu nicméně tvrdil, že v projednávaném případě nebylo otázkou to, zda Spolková země měla převést svůj zvláštní fond postupně nebo se snažit jej umístit jinde, ale to, zda neměla vyžadovat úhradu za celý převedený fond.

55 Žalobce tvrdí, že Komise se v rozporu se svým tvrzením odchýlila od praxe, kterou sledovala ve věcech týkajících se jiných Landesbanken. Uvádí tak, že Komise ve své žalobní odpovědi, kterou předložila v řízení, ve kterém byl vydán rozsudek WestLB, bod 7 výše, tvrdila, že žádný soukromý investor by nedal kapitál k dispozici podniku tak, že by souhlasil s obdržením pouze částečné úhrady z důvodu, že převedená částka je ve skutečnosti vyšší než skutečné potřeby podniku.

56 Pokud jde o skutečnost, že úhrada měla být placena v závislosti na tranších dohodnutých mezi stranami nezávisle na otázce, zda Helaba použila či nepoužila všechny tyto částky, uvádí, že smlouva neobsahovala doložku zakazující Helaba používat sporný vklad na rozšíření svých činností v rozsahu přesahujícím referenční částky. Má v důsledku toho za to, že stanovení těchto referenčních částek nepředstavovalo pro Spolkovou zemi výhodu, protože se předpokládalo, že Helaba použije pro účely zajištění vyšší částku. Žalobce má krom toho za to, že soukromý investor by vyžadoval úhradu za výhodu ve formě ratingového hodnocení, kterou má Helaba z důvodu zvýšení svých základních vlastních zdrojů.

57 Komise podporovaná Spolkovou zemí a bankou Helaba tyto argumenty zpochybňuje.

c) Závěry Tribunálu

58 Je třeba nejprve konstatovat, jak připustil sám žalobce na jednání, že otázka, jaké alternativní možnosti investování mohly být pro Spolkovou zemi zajímavé, není v projednávaném případě relevantní. Nejedná se totiž o určení, zda mohla Spolková země získat vyšší výnos ze zvláštního fondu tím, že by investovala jinak nebo do jiného podniku, ale o otázku, zda Spolková země tím, že investovala uvedený zvláštní fond

do banky Helaba za dohodnutých podmínek, této bance poskytla výhodu, kterou by jinak nemohla získat.

59 Je třeba dále uvést, že účastníci řízení se shodují v tom, že soukromý investor, který dává svůj kapitál k dispozici bance jakožto její základní vlastní zdroje, a z tohoto důvodu se vzdává jeho užívání a vystavuje se riziku ztráty, bude vyžadovat úhradu za celý převedený kapitál. Komise tak měla v napadeném rozhodnutí za to, že musí být hrazen celý sporný vklad, a to od prvního dne jeho vložení do banky Helaba, protože právě od tohoto okamžiku riskovala Spolková země ztrátu a Helaba z něj mohla mít zisky (body 142, 155, 191 a 192 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

60 Komise měla nicméně za to, že soukromý investor by souhlasil s úhradou ve dvou rozdílných sazbách podle funkce, kterou plní každá z částí sporného vkladu (body 142, 143 a 191 až 193 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Měla tak za to, že soukromý investor by jednak souhlasil s úhradou domluvenou Spolkovou zemí a bankou Helaba za část sporného vkladu, která mohla být využita touto bankou na rozvoj jejích obchodních operací, a jednak by požadoval úhradu ve výši 0,3 % za zbytek sporného vkladu z důvodu zejména výhody ve formě ratingového hodnocení, kterou s sebou pro banku Helaba od prvního dne neslo zaúčtování vkladu jakožto základních vlastních zdrojů. Vzhledem k tomu, že Spolková země nepožadovala úhradu za část sporného vkladu, která nemohla být využita k rozšíření obchodních činností Helaba, dospěla Komise pro období od 31. prosince 1998 do 31. prosince 2003 k závěru, že existuje státní podpora ve výši 6,09 milionů eur, a nařídila Spolkové republice Německo zajistit její navrácení.

61 Žalobce kritizuje posouzení Komise, podle kterého by soukromý investor v okolnostech projednávaného případu souhlasil se stupňovitým modelem, a v důsledku toho s tím, že během prvních let nebude část fondu, která mohla být z hlediska bankovního

dozoru využita pro zajištění obchodních činností banky Helaba – a sice část sporného vkladu překračující tranše stupňovitého modelu, která není nezbytná k zajištění činnosti podpory výstavby sociálních bytů ze zvláštního fondu – hrazena stejnou sazbou jako zbytek uvedeného majetku.

62 Zaprvé uvádí, že by, jak Komise sama připouští v napadeném rozhodnutí a jak tvrdila v rámci věci WestLB, soukromý investor nesouhlasil s tím, že jeho výnos závisí na částce skutečně použitých vlastních zdrojů.

63 V tomto ohledu je třeba konstatovat, že základ pro úhradu dohodnutou mezi stranami nezávisel ani během prvních let, které následovaly po vložení sporného vkladu, na částce tohoto vkladu, která byla skutečně použita. Z napadeného rozhodnutí totiž vyplývá, že Helaba musela Spolkové zemi platit úhradu za všechny dohodnuté tranše bez ohledu na jejich skutečné využití pro účely rozvoje jejích obchodních činností. Na konci doby, ve které se uplatňoval stupňovitý model, to znamená od roku 2003, musela být úhrada dohodnutá mezi stranami placena za celý sporný vklad, s výjimkou části, jež měla zajistit činnosti podpory výstavby sociálních bytů, a to nezávisle na částce skutečně bankou Helaba použité k zajištění obchodních činností. Napadené rozhodnutí je proto v souladu se zásadou, které se dovolává žalobce a podle které by soukromý investor nesouhlasil s tím, že jeho výnos závisí na skutečně použité částce vlastních zdrojů.

64 Zadruhé žalobce tvrdí, že pro investora je irelevantní rozlišení, ke kterému Komise přistoupila, když rozlišovala mezi situací, kdy kapitál, tak jako v projednávaném případě, nemá být použit pro účely rozvoje činností, protože banka dopředu oznámila, že jej nepotřebuje a nepoužije, a situací, kdy může být volně použit, protože v obou těchto případech již kapitálem nedisponuje. Tvrdí, že v každém případě dohoda uzavřená mezi Spolkovou zemí a bankou Helaba nechrání Spolkovou zemi, protože

neobsahuje závazek banky Helaba použít převedený fond pouze do výše odpovídající výši dohodnutých tranší.

65 Pokud jde o tvrzení žalobce, podle kterého je pro investora irelevantní, že Helaba oznámila, že nepotřebuje okamžitě celý fond, je třeba připomenout, že v souladu s judikaturou (viz bod 36 výše) nemůže být tržní povaha transakce posuzována z hlediska jediného investora, ale musí být posuzována se zohledněním interakce mezi různými hospodářskými subjekty a kontextu, ve kterém k ní došlo.

66 Přitom žalobce nevznáší argumenty umožňující mít za to, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že se v situaci, jaká byla v projednávaném případě, jež se vyznačovala jednak skutečností, že Spolková země chtěla investovat majetek, který nebyl likvidní, a nechtěla ho rozdělit, a jednak skutečností, že Helaba ani krátkodobě, ani střednědobě nepotřebovala kapitál ve velikosti zvláštního fondu, domnívala, že by se soukromému investorovi nepodařilo od banky získat okamžitou úhradu za celý sporný vklad ve výši sazby dohodnuté pro úhradu za růst obchodních činností banky. Naopak žalobce sám tvrdí, že se Helaba pravděpodobně chovala rozumně, když vyžadovala použití stupňovitého modelu.

67 V každém případě se nezdá zjevně nesprávné mít za to, že banka nebude souhlasit s platbou sazby odpovídající úhradě za růst jejích obchodních činností pokud jde o prostředky, o nichž dopředu ví, že je nebude schopna využít za tímto účelem. I když jí tyto prostředky mohly umožnit, jak uvádí Komise, posílit její solventnost nebo vyhnout se oslabení, a tedy snížit nebo udržet její náklady na financování, neumožňují jí získat dodatečné příjmy vyplývající z nových transakcí.

68 Proto v okolnostech projednávaného případu by soukromý investor v situaci Spolkové země musel zohlednit skutečnost, že vzhledem k tomu, že Helaba nemohla okamžitě využít celý vklad dostupný z hlediska bankovního dozoru pro rozvoj svých obchodních činností, část vkladu, kterou nemohla využít, pro ni nesplňovala stejnou hospodářskou funkci jako část, kterou mohla využít.

69 Tato okolnost jistě neodůvodňuje, že se Spolková země vzdá pobírání celé úhrady za fond, který Helaba nemohla využít a který byl na ni nicméně převeden, aby se zabránilo rozdělení zvláštního fondu. Jelikož uvedený fond sloužil od prvního dne k zajištění dluhů banky Helaba, podléhal tedy od tohoto okamžiku určitému riziku ztráty a poskytoval bance Helaba výhodu ve formě ratingového hodnocení a pověsti. Právě proto, aby zajistila úhradu za riziko, kterému byla vystavena Spolková země, a za výhodu, ze které měla prospěch Helaba, uložila Komise platbu úhrady ve výši 0,3 % ročně za tuto část sporného vkladu.

70 Pokud jde o skutečnost, že smlouva nestanoví doložku, kterou by se Helaba zavázala nepoužít částky překračující dohodnuté tranše k rozvoji svých obchodních činností, je třeba konstatovat, že tato okolnost nemůže učinit zjevně nesprávným posouzení Komise, podle kterého část sporného vkladu překračující tranše nesplňovala funkci rozšíření obchodních činností. Je totiž třeba uvést, že Spolková země dosáhla toho, že jsou tranše stanoveny na úrovni značně vyšší, než je třeba s ohledem na kapitálovou potřebu Helaba vyplývající z její činnosti, a tak si zajistila, že tranše nebudou překročeny. Z vyjádření Spolkové republiky Německo, uvedeného v bodě 54 odůvodnění napadeného rozhodnutí a potvrzeného žalobcem a bankou Helaba v jejich písemných vyjádřeních, totiž vyplývá, že tranše byly stanoveny přibližně ve výši 384 milionů (rok 1999), 614 milionů (rok 2000), 818 milionů (rok 2001) a 1,02 miliard (rok 2002) eur, zatímco na základě plánovaného ročního růstu banka potřebovala přibližně 150 milionů eur ročně.

71 Konečně je třeba poznamenat, že žalobce, který se soustředí na situaci Spolkové země jakožto investora, nevysvětluje, v jakém rozsahu by řešení Komise spočívající v souhlasu se stupňovitým modelem a uložení úhrady ve výši 0,3 % za část vkladu překračující dohodnuté tranše, znamenalo pro Helaba soutěžní výhodu, kterou by nemohla získat za tržních podmínek.

72 Komise se proto nedopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla za to, že v okolnostech projednávaného případu skutečnost, že Helaba mezi rokem 1999 a 2002 neplatila úhradu na úrovni přiměřené funkci rozšíření obchodních činností za tu část kapitálu, která i když byla z pohledu bankovního dozoru využitelná k zajištění obchodních činností, nebyla za tímto účelem použita, nevedla k výhodě, kterou by Helaba nemohla získat za tržních podmínek.

73 Tento závěr nemůže být vyvrácen argumentem žalobce, podle kterého se souhlas Komise se stupňovitým modelem v projednávaném případě odchyluje od její dřívější praxe, zejména od postoje, který obhajovala v rámci soudního řízení týkajícího se rozhodnutí WestLB z roku 1999. V tomto ohledu je totiž třeba konstatovat, že toto rozhodnutí bylo Tribunálem zrušeno v rozsudku WestLB, bod 7 výše, a že rozhodnutí přijaté Komisí po tomto zrušení – a sice rozhodnutí 2006/737/ES, ze dne 20. října 2004 o podpoře Německa ve prospěch společnosti Westdeutsche Landesbank – Girozentrale, nyní WestLB AG (Úř. věst. 2006, L 307, s. 22, dále jen „rozhodnutí WestLB z roku 2004“) – již neukládá zvýšení sazby úhrady, které Komise odůvodnila argumentem uplatněným žalobcem. V každém případě není možné mít za to, že Komise souhlasila, aby Spolková země pobírala pouze částečnou úhradu za část sporného vkladu, která může být z hlediska bankovního dozoru použita k rozšíření obchodních činností Helaba. Měla totiž v zásadě za to, že v důsledku kompromisu, z něhož vyplývá stupňovitý model, Spolková země neponechala použití převedeného fondu na obchodním posouzení banky Helaba a že s uložením úhrady ve výši 0,3 % za část sporného vkladu překračující stanovené tranše, nepobírá částečnou úhradu, ale úhradu přiměřenou každé části vkladu, podle funkce, kterou plní pro banku Helaba.

74 Z výše uvedeného vyplývá, že tato výtka musí být zamítnuta.

3. *K výtce, podle které Komise neprávem kvalifikovala sporný vklad jako „normální" vklad tichého společníka, a nikoliv jako investici do základního kapitálu*

a) Napadené rozhodnutí

75 Komise shrnuje jí předložené argumenty tím, že uvádí, že podle žalobce „měla Helaba k dispozici pouze právní formu základního, popř. kmenového kapitálu", a že v důsledku toho sporný vklad představoval „zneužití formy ‚normálního' vkladu tichého společníka". Uvádí rovněž, že podle žalobce vykazoval sporný vklad z hospodářského pohledu takovou podobnost se základním kapitálem, že by investor požadoval úroky odpovídající úhradě za investici do základního kapitálu. Nicméně podle Spolkové republiky Německo „byla vedle toho k dispozici i právní forma vkladu tichého společníka s neomezenou platností" (dále jen „perpetuál") (body 127 a 128 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

76 Zaprvé Komise zohledňuje skutečnost, že vklad tichého společníka byl výslovně jako takový stanoven Spolkovou zemí a Helaba a byl jako takový rovněž uznán příslušnými německými orgány (bod 129 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

77 Zadruhé Komise tvrdí, že pokud jde o analýzu rizika, je sporný vklad bližší „normálnímu" vkladu tichého společníka, to znamená vkladu na dobu určitou, než investici do základního kapitálu. V tomto ohledu považuje za zásadní skutečnost, že sporný vklad, jak vysvětlila Spolková republika Německo opírajíc se o znalecký posudek,

musí být v případě úpadku vrácen tak jako jiné „normální“ vklady tichého společníka před základním kapitálem. Doplňuje, že jak Spolková země, tak investor uskutečňující vklad tichého společníka na dobu určitou, pobírají, dokud podnik neutrpí ztráty, celou dohodnutou úhradu, zatímco investor do základního kapitálu má právo pouze na platbu dividendy přiměřené zisku (body 130 až 132 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

78 Zatřetí Komise vysvětluje, proč má za to, že argumenty vznesené žalobcem v průběhu správního řízení nestačí k vyvrácení tohoto závěru.

79 Komise tak zaprvé odmítá argument žalobce, podle kterého měl být sporný vklad obdobně jako ve věci WestLB srovnáván s investicí do základního kapitálu, a to z důvodu výše jeho objemu, který dlouhodobě vede ke zvýšení základních vlastních zdrojů banky Helaba o téměř 50 %. Komise v tomto ohledu uvádí, že Helaba mohla bez problémů krýt svou odhadovanou potřebu kapitálu v letech 1998 až 2002 časově odstupňovaným přijetím několika objemově menších vkladů tichého společníka od různých institucionálních investorů (bod 133 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

80 Zadruhé Komise odmítá argument žalobce, podle kterého není z důvodu sporného vkladu podíl základního kapitálu v celkové částce vlastních zdrojů (dále jen „vyrovnávací rezerva základního kapitálu“) banky Helaba vyšší než 50 %, ačkoliv u soukromých úvěrových institucí je tento podíl vyšší než 80 %. Komise se domnívala, že tato okolnost nemusí znamenat, že soukromý investor by neuskutečnil sporný vklad, protože Spolková republika Německo prokázala, že zemské banky využívají častěji vklady tichého společníka nad horní hranici 15 %, a tichými společníky byli částečně soukromí investoři (bod 134 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

81 Zatřetí, pokud jde o důsledky, jaké má trvalá povaha sporného vkladu na úroveň rizika, Komise odmítá argumenty žalobce, podle kterých by byli institucionální investoři ochotni nabýt pouze hybridní nástroje vlastního kapitálu s pevnou dobou platnosti nebo nástroje, u nichž je možné vycházet z toho, že jsou návratné, protože se postupně zvyšuje distribuční sazba. Má za to, že trvalá povaha vkladu znamená hlavně riziko investora, že nemůže využít zvýšení úrokové sazby na trhu, ale ani nemá vliv na riziko ztráty. Z toho vyvozuje, že trvalá povaha sporného vkladu neodůvodňuje v projednávaném případě to, že je za účelem přezkumu přiměřené úrovně dohodnuté úhrady srovnáván uvedený vklad s úhradou za investici do základního kapitálu namísto úhrady za vklady tichého společníka (body 136 a 138 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

82 Komise z toho vyvozuje závěr, že vložení zvláštního fondu Spolkové země bylo „bezpochyby učiněno v právní formě vkladu tichého společníka, který vykazuje daleko více společných znaků s dalšími vklady tichého společníka než s kmenovým kapitálem“. V tomto ohledu tvrdí, že „[p]ro zneužití právní formy vkladu tichého společníka pro kapitálový vklad, který ve skutečnosti představuje ekonomicky kmenový kapitál, neexistují podle [jejího] názoru žádné dostatečné opěrné body“. Má za to, že „[v]ýchozím bodem pro úhradu [za sporný vklad] jsou proto ‚normální‘, tzn. časově omezené vklady tichého společníka v typické na trhu se vyskytující velikosti, k jejichž úhradě je popřípadě možné připočíst přirážku“ (bod 139 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

b) Argumenty účastníků řízení

83 Žalobce uvádí, že sporný vklad neměl být kvalifikován jako „normální“ vklad tichého společníka, a v důsledku toho neměla být jeho úhrada srovnávána s úhradou vkladů tichého společníka na dobu určitou emitovaným na trhu.

84 Zdůrazňuje, že Komise zkoumala, zda se strany dopustily zneužití spočívajícího v tom, že byl sporný vklad kvalifikován jako vklad tichého společníka, a nikoliv jako investice do základního kapitálu, ale hospodářské vlastnosti sporného vkladu zkoumala pouze podpůrně. Uvádí, že tato úvaha je chybná v rozsahu, v němž se v projednávaném případě nejedná o otázku, zda došlo ke zneužití, ale o přezkum, zda se sporný vklad z hospodářského hlediska blížil spíše jiným vkladům tichého společníka existujícím na trhu nebo investici do základního kapitálu.

85 Žalobce se v rozporu se závěrem Komise domnívá, že sporný vklad se právně a hospodářsky liší od modelu vkladu tichého společníka vyplývajícího z práva společností nebo od vkladů tichého společníka na dobu určitou emitovaných na trhu a uznávaných jakožto základní vlastní zdroje a má zvláštní strukturu, která brání jeho srovnání s vklady tichého společníka vybranými za tímto účelem Komisí. Dále se domnívá, že Komise neprovedla své posouzení na základě situace, jaká byla v okamžiku uskutečnění sporného vkladu, a že krom toho nesprávně posoudila situaci na trhu v té době.

86 Pokud jde zaprvé o právní zvláštnosti sporného vkladu, žalobce uvádí, že uvedený vklad nepředstavuje z formálního hlediska „normální“ vklad tichého společníka ve smyslu německého práva společností, zejména proto, že byl vytvořen tak, aby splňoval podmínky stanovené zákonem a Prohlášením ze Sydney, aby mohl být považován za součást základních vlastních zdrojů banky Helaba, a to nad horní mez 15 %.

87 Pokud jde zadruhé o hospodářské zvláštnosti sporného vkladu, žalobce uvádí pět skutečností, které činí rizikový profil sporného vkladu bližším profilu investice do základního kapitálu než profilu vkladů tichého společníka na dobu určitou: jeho

objem, zajišťovací povaha a ziskový profil, ochrana investovaného kapitálu, jakož i doba jeho trvání a nemožnost převodu.

88 Pokud jde zatřetí o situaci na trhu v okamžiku uskutečnění vkladu, žalobce uvádí, že Komise porušila kritérium soukromého investora tím, že vybrala nesprávné referenční období. Tvrdí tak, že Komise opřela svůj závěr, podle kterého musí být sporný vklad srovnáván s vklady tichého společníka na dobu určitou, o informace týkající se praxe soukromých bank v době po přijetí sporného vkladu.

89 Žalobce dále zpochybňuje tvrzení Komise, podle kterých jednak v Německu v okamžiku sporného vkladu existoval rozvinutý trh s hybridními nástroji vlastního kapitálu, a jednak Helaba rovněž mohla pokrýt své kapitálové potřeby emitováním vkladu tichého společníka ve vícero tranších menšího objemu. Zejména uvádí, že otázkou není, co mohla Helaba učinit, aby získala prostředky, ale zda by jí soukromý investor poskytl vklad téže povahy a za stejných podmínek jako sporný vklad.

90 Komise a vedlejší účastnice řízení tyto argumenty zpochybňují.

c) Závěry Tribunálu

91 Úvodem je třeba objasnit stanovisko účastníků řízení, pokud jde o význam právní formy sporného vkladu zvolené bankou Helaba a Spolkovou zemí pro vyřešení tohoto sporu.

92 Z napadeného rozhodnutí, zejména z bodů 127, 128 a 139 jeho odůvodnění (viz body 75 a 82 výše) vyplývá, že Komise vyložila argumenty předložené žalobcem v průběhu správního řízení jako směřující ke konstatování, že použití právní formy vkladu tichého společníka bylo zneužívající.

93 Ve své žalobě žalobce tento výklad zpochybňuje a uvádí, že nikdy netvrdil, že sporný vklad představoval z právního hlediska základní kapitál. Tvrdí, že v průběhu správního řízení uvedl, že svou konkrétní organizací se sporný vklad z hospodářského hlediska liší od vkladu tichého společníka a že se silně blíží základnímu kapitálu, takže soukromý investor by za uvedený vklad požadoval úhradu odpovídající rizikovému profilu základního kapitálu. Krom toho zkoumá právní vlastnosti sporného vkladu a uvádí, že tvrzení Komise, podle kterého je sporný vklad srovnatelný s „normálními" vklady tichého společníka, neodolá důkladné analýze právní struktury uvedeného vkladu a že tento vklad vykazuje podstatné zvláštnosti oproti „normálnímu" vkladu tichého společníka odpovídajícímu modelu vyplývajícímu z práva společností.

94 Ze všech písemností účastníků řízení nicméně vyplývá, že otázka, zda Komise řádně vyložila argumenty předložené žalobcem v průběhu správního řízení či nikoliv, nepředstavuje skutečný předmět tohoto sporu. Z argumentů účastníků řízení totiž vyplývá, že se shodnou na tom, že sporný vklad byl legálně Spolkovou zemí a bankou Helaba kvalifikován jako vklad tichého společníka a byl jako takový uznaný německými orgány. Shodnou se rovněž na skutečnosti, že zvláštnosti sporného vkladu nebránily Spolkové zemi a Helaba využít právní formy vkladu tichého společníka.

95 Účastníci řízení tak soustřeďují své argumenty ohledně kvalifikace sporného vkladu pro účely určení transakcí, které mají sloužit jako srovnání, na otázku, zda je tento vklad, pokud jde o rizikový profil tak podobný základnímu kapitálu, že soukromý investor by vyžadoval úhradu odpovídající úhradě za investici do základního kapitálu, nebo zda je bližší vkladům tichého společníka na dobu určitou a uznaným jako

základní vlastní zdroje, takže úhrada za něj by měla být srovnávána s úhradou za uvedené vklady tichého společníka.

96 V tomto ohledu je třeba uvést, že srovnání sporného vkladu s jinými hybridními nástroji představuje otázku určité hospodářské složitosti, ve vztahu ke které Komise disponuje širokou posuzovací pravomocí (rozsudek WestLB, bod 7 výše, bod 351).

97 Kvalifikace sporného vkladu jako vkladu tichého společníka na dobu určitou nebo jako investice do základního kapitálu představuje krom toho pouze analytický nástroj používaný Komisí v rámci uplatnění čl. 87 odst. 1 ES (viz v tomto smyslu rozsudek WestLB, bod 7 výše, bod 250).

98 Posouzení Komise v tomto ohledu tedy neumožňuje automaticky určit existenci a rozměr státní podpory, ale pouze jí umožňuje mít pro účely jejího posouzení k dispozici výchozí bod, který zohledňuje podmínky, za kterých soukromí investoři uskutečnili co nejpodobnější transakce. Závěr Komise k této otázce ji tedy nezbavuje povinnosti uskutečnit úplnou analýzu všech relevantních okolností sporné transakce a jejího kontextu, včetně situace podniku-příjemce a dotčeného trhu, aby ověřila, zda podnik-příjemce získává hospodářskou výhodu, kterou by neobdržel za běžných tržních podmínek (viz v tomto smyslu rozsudek WestLB, bod 7 výše, body 251 a 257).

99 Je třeba přezkoumat argumenty účastníků řízení ohledně různých vlastností sporného vkladu tak, že se nejprve přezkoumají ty, které se týkají vlastností, o které Komise hlavně opřela svůj závěr, že úhrada za sporný vklad musí být srovnávána s úhradou za vklady tichého společníka na dobu určitou, dále ty, které se týkají vlastností sporného vkladu, o nichž se Komise domnívala, že uvedenému srovnání nebrání,

a nakonec ty, které se týkají vlastností sporného vkladu, které nebyly uplatněny v průběhu správního řízení a které nebyly přezkoumány v napadeném rozhodnutí. Je třeba rovněž přezkoumat kritiky žalobce týkající se referenčního období, které Komise zohlednila pro použití kritéria soukromého investora.

K vlastnostem, na základě kterých měla Komise za to, že úhrada za sporný vkladu musí být srovnávána s úhradou za vklady tichého společníka na dobu určitou

– Riziko ztráty v případě úpadku nebo likvidace

100 Komise měla za to, že sporný vklad vykazuje v případě úpadku nebo likvidace stejné riziko jako vklady tichého společníka na dobu určitou existující na trhu, protože musí být v takovém případě vrácen před základním kapitálem. Opřela se v tomto ohledu o ustanovení smlouvy, jakož i o znalecký posudek předložený Spolkovou republikou Německo (bod 131 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

101 Relevantní ustanovení smlouvy jsou články 3 a 9. Článek 3 týkající se „Účasti na ztrátách“ ve svém odstavci 2 stanoví:

„[V]ztahy mezi pohledávkami vkladatele a jiných investorů do vlastních zdrojů ve smyslu článku 10 [Kreditwesengesetz] se řídí chronologickým pořadím, v jakém byl kapitál vložen do banky, takže pohledávky vyplývající z dříve vložených vlastních zdrojů mají přednost. V případě souběžných kapitálových vkladů se pohledávky uspokojují podle podílu na zajišťovacím vlastním kapitálu, který představují ve smyslu čl. 10 odst. 4 a 5 [Kreditwesengesetz]. Pro vklady na základě čl. 10 odst. 4 [Kreditwesengesetz] je

relevantním datem den uskutečnění vkladu, zatímco v oblasti užívacích práv je relevantním datem den, který označuje začátek jejich doby platnosti."

102 Článek 9 týkající se „Nižšího pořadí" stanoví:

„V případě úpadku nebo likvidace banky dojde k vypořádání pohledávky na vrácení vkladu – s výhradou čl. 3 odst. 2 […] – až po uspokojení všech věřitelů banky – s výjimkou soukromých investorů nižšího pořadí v souladu s článkem 10 [Kreditwesengesetz]."

103 Znalecký posudek předložený Spolkovou republikou Německo uvádí:

„Článek 3 odst. 2 smlouvy nijak nemění přednost stanovenou zákonem pro vracení vkladů tichého společníka z případného zůstatku majetku v případě úpadku nebo likvidace banky. To ukazuje především struktura ustanovení, které ve své druhé větě uvádí pouze vlastní kapitál ve smyslu čl. 10 odst. 4 a 5 [Kreditwesengesetz] a ve své třetí větě definuje datum určující chronologické pořadí pro účely tohoto ustanovení pouze pro vklad tichého společníka a požitková práva."

104 Žalobce zaprvé uvádí, že přestože musí být vklad tichého společníka v zásadě vrácen před základním kapitálem, otázka, zda to platí rovněž pro sporný vklad, zůstává s ohledem na znění smlouvy otevřená. Tvrdí dále, že neví, na jakém základě dospěl autor znaleckého posudku citovaného Komisí k závěru, který je v rozporu se zněním smlouvy, že sporný vklad musí být vrácen před základním kapitálem. V replice tvrdí, že jelikož jsou věřitelé, kteří poskytli základní vlastní zdroje, uspokojováni v souladu s čl. 3 odst. 2 a článkem 9 smlouvy podle chronologického pořadí jejich

vkladu, Spolková země musela vyjít ze zásady, že bude v případě úpadku nebo likvidace Helaba uspokojena jako poslední, nejen po všech „normálních“ věřitelích, ale rovněž po všech investorech do základních vlastních zdrojů, a tedy po investorech do základního kapitálu.

105 V tomto ohledu je třeba jednak konstatovat to, že smlouva výslovně nestanoví, že sporný vklad musí být vrácen po základním kapitálu, a jednak to, že odkaz na „jiné investory do vlastních zdrojů ve smyslu článku 10 [Kreditwesengesetz]“ uvedený v první větě čl. 3 odst. 2 smlouvy, vytváří potíže při výkladu ohledně otázky, zda se přednost pohledávek týkajících se kapitálu, který byl vložen dříve, týká rovněž vkladů do základního kapitálu.

106 Přitom je jednak třeba poznamenat, že i když žalobce tvrdí v některých částech svého spisu, že smlouva stanoví, že sporný vklad musí být vrácen po základním kapitálu, rovněž ve své žalobě tvrdí, že otázka, zda dodatečné pravidlo – podle kterého musí být vklady tichého společníka vraceny před základním kapitálem – je použitelné na sporný vklad, zůstává otevřená. Krom toho přes skutečnost, že mu byl na žádost Tribunálu předán znalecký posudek, který uvedla Komise, nevznesl žalobce žádný argument směřující ke zpochybnění výkladu autora znaleckého posudku, podle kterého odkaz na „jiné investory do vlastních zdrojů ve smyslu článku 10 [Kreditwesengesetz]“, uvedený v první větě čl. 3 odst. 2 smlouvy musí být chápán s ohledem na druhou a třetí větu tohoto ustanovení, které se týkají vkladů tichého společníka a požitkových práv, a nikoliv základního kapitálu.

107 Za těchto okolností je třeba konstatovat, že argumenty žalobce neumožňují mít za to, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že se s ohledem na znalecký posudek poskytnutý Spolkovou republikou Německo domnívala, že sporný vklad musí být v případě úpadku nebo likvidace vrácen před základním kapitálem. Pouhá skutečnost, že žalobce vykládá smlouvu jinak než znalecký posudek, Komise

a strany sporného vkladu totiž nestačí k prokázání existence zjevně nesprávného posouzení.

108 Žalobce zadruhé uvádí, že i kdyby měl být sporný vklad vrácen před základním kapitálem, riziko ztráty by bylo podobné riziku ztráty základního kapitálu, protože v praxi věřitelé nižšího pořadí a investoři do základního kapitálu neobdrží nic.

109 V tomto ohledu stačí konstatovat, že i za předpokladu, že by všechny případy úpadků v bankovní oblasti znamenaly jak pro majitele, tak pro věřitele nižšího pořadí úplnou ztrátu jejich kapitálu, což Komise a vedlejší účastníce řízení zpochybňují, je tak tomu rovněž pro vklady tichého společníka uznané jako základní vlastní zdroje, protože jsou všechny nezbytně pohledávkami nižšího pořadí. V důsledku toho jej tato vlastnost sporného vkladu, i když je sdílena se základním kapitálem, neodlišuje od vkladů tichého společníka uznaných jako základní vlastní zdroje.

110 Za těchto okolností je třeba mít za to, že argumenty žalobce neumožňují rozhodnout, zda se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že se domnívala, že sporný vklad vykazuje v případě úpadku nebo likvidace stejné riziko jako vklady tichého společníka.

– Ziskový profil

111 Komise měla za to, že sporný vklad představuje normální vklad tichého společníka v rozsahu, v němž Spolková země podobně jako investor do vkladu tichého společníka na dobu určitou, pobírá – dokud podnik neutrpí ztráty – celou dohodnutou

úhradu, zatímco investor do základního kapitálu má právo pouze na platbu dividendy přiměřené zisku (bod 132 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

112 Žalobce kritizuje toto posouzení a uvádí, že jak pevně stanovená úhrada, tak variabilní úhrada mohou být používány jak pro základní kapitál, tak pro vklady tichého společníka, přičemž se podle výsledků banky může jedna nebo druhá zdát výhodnější. V tomto ohledu poznamenává, že ve věci WestLB srovnala Komise dotčenou transakci s investicí do základního kapitálu, přestože byla dotčená úhrada pevně stanovená. Doplňuje, že v každém případě je z pohledu investora základní otázkou, zda platba úhrady závisí na dosažení zisků. Má za to, že v projednávaném případě tomu tak je, protože Spolková země obdrží celou úhradu jen tehdy, když se zisk banky Helaba přinejmenším rovná úhradě a není nezbytný pro účely doplnění vlastních zdrojů.

113 Pokud jde zaprvé o pevně stanovenou nebo variabilní povahu úhrady, je třeba nejdříve konstatovat, že v projednávaném případě se nejedná o otázku, která z nich je výhodnější v konkrétní situaci, ale o určení, zda se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla za to, že skutečnost, že úhrada dohodnutá mezi stranami je pevně stanovenou úhradou, jež musí být v zásadě placena, dokud Helaba neutrpí ztráty, činí sporný vklad bližší vkladům tichého společníka na dobu určitou než základnímu kapitálu, protože způsob úhrady je charakteristický pro vklady tichého společníka.

114 V tomto ohledu Helaba relevantním způsobem uvádí, že i v případě, kdy je pro základní kapitál stanovena pevná úhrada, skutečné zisky, které mají majitelé banky z jejich investice, jsou vždy variabilní. Jelikož zisky překračující vyplácenou pevně stanovenou úhradu zvyšují bankovní rezervy, které musí být distribuovány v případě její likvidace nebo mají kladný vliv na hodnotu akcií, zisky investora do základního kapitálu přesáhnou úhradu, kterou obdržel. Za těchto okolností nemůže být konečná částka předem stanovena, což vede k proměnlivosti konečné úhrady za investici.

115 Helaba rovněž tvrdí, aniž by jí žalobce protiřečil, že ve studii týkající se hybridních základních vlastních zdrojů, kterou předložil sám žalobce, se uvádí, že nejlepší základní vlastní zdroje jsou ty ve formě základního kapitálu, protože jsou jediné, které nevedou zejména k povinnosti pevně stanovené platby.

116 Z toho vyplývá, že i když tomu tak možná není vždy, je skutečně běžné, že vklady tichého společníka mají pevně stanovenou úhradu a základní kapitál se hradí variabilními dividendami. V každém případě, zatímco úhrada za vklady tichého společníka musí být povinně placena, pokud jsou splněny podmínky stanovené smlouvou, využití zisků majiteli může mít různé formy, jako je platba do rezerv nebo distribuce zisků, a v zásadě záleží na vůli většiny z nich.

117 Tento závěr není vyvrácen argumentem žalobce vycházejícím z rozhodnutí WestLB z roku 1999. Jednak je třeba připomenout, že toto rozhodnutí bylo Tribunálem zrušeno rozsudkem WestLB, bod 7 výše. Krom toho v rozsahu, v němž může být argument žalobce chápán jako týkající se rozhodnutí WestLB z roku 2004, je třeba poznamenat, že skutečnost, že Komise měla za to, že úhrada za kapitál převedený v dotčené transakci musí být srovnávána s úhradou za investici do základního kapitálu, neznamená to, že ziskový profil uvedené operace je charakteristický pro základní kapitál, ale pouze to, že v rámci celkového přezkumu transakce pro tuto podobnost silně svědčily další skutečnosti. Komise v tomto ohledu zejména uvedla, že převedený kapitál byl považován za základní vlastní zdroje, zatímco nástroje navržené pro porovnání Spolkovou republikou Německo mohly být v Německu použity pouze jako doplňkové vlastní zdroje.

118 Pokud jde zadruhé o argument žalobce, podle kterého jak v případě sporného vkladu, tak v případě základního kapitálu úhrada závisí na existenci zisků, je třeba konstatovat, že skutečnost, že platba úhrady, i když je pevně stanovená, závisí na tom, že banka nebude mít roční ztrátu, a na tom, že uvedená platba nepovede k takové ztrátě, je společná pro všechny vklady tichého společníka uznávané jako základní vlastní zdroje,

protože to vyžaduje čl. 10 odst. 4 Kreditwesengesetz (německý zákon o úvěrových institucích). V důsledku toho nemůže tato okolnost prokázat, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla za to, že sporný vklad je podobný vkladům tichého společníka, které jsou uznány jako základní vlastní zdroje existující na trhu.

119 Krom toho je třeba konstatovat, že výše zisků nezbytná k tomu, aby úhrada za sporný vklad nebo jiné vklady tichého společníka mohla být vyplacena, je nižší než ta, která musí být dosažena, aby vlastníci banky obdrželi dividendu. Úhrada za vklady tichého společníka totiž v souladu s německými právními předpisy představuje provozní náklad, který je tedy placen před zdaněním a před distribucí zisků. Z toho vyplývá, že k tomu, aby investor získal celou úhradu, stačí, aby banka obdržela roční přebytek před zdaněním, který se rovná úhradě za vklady. Naopak, aby majitelé získali stejnou částku ve formě dividend, je v zásadě třeba, aby banka dosáhla ročního přebytku před zdaněním, který se rovná částce úhrady za vklady tichého společníka, částce daní a částce této dividendy.

120 Argument žalobce vznesený v odpovědi na otázku Tribunálu na jednání, podle kterého tato vlastnost skutečně neodlišuje sporný vklad a vklady tichého společníka vyjednané na trhu od základního kapitálu, protože majitelé mohou vykázat zisky určené k distribuci i v případě ročních ztrát – zejména tím, že sníží rezervy – protiřečí jeho argumentu, podle kterého podmínky platby úhrady za sporný vklad jej přibližují spíše investici do základního kapitálu než vkladům tichého společníka emitovaným na trhu. Zatímco platba úhrady za vklady tichého společníka vyžaduje existenci ročního přebytku, platba dividend může být uskutečněna i v případě ročních ztrát tím, že se vykáže zisk k distribuci.

121 Dále, zatímco je platba úhrady za vklady tichého společníka povinná, pokud jsou splněny podmínky stanovené smlouvou, platba dividend za finanční rok, ve kterém došlo

k ročním ztrátám, není automatická, ale vyžaduje schválení většinou akcionářů. Jak navíc uznal žalobce na jednání v odpovědi na otázku Tribunálu, zaplacení dividend bankou, která měla roční ztráty a nevyplatila úhradu za vklady tichého společníka, by poškodilo její pověst a šance na úspěch při budoucích emisích.

122 Za těchto okolností je třeba mít za to, že žalobce neprokazuje, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že se domnívala, že ziskový profil sporného vkladu byl charakteristický pro vklady tichého společníka.

K vlastnostem sporného vkladu, o kterých měla Komise za to, že nebrání srovnání úhrady za sporný vklad s úhradou za vklady tichého společníka na dobu určitou

123 Komise odmítla argumenty žalobce vycházející z objemu sporného vkladu, podílu, který má na základních vlastních zdrojích Helaba a z jeho stálé povahy.

– Objem

124 Komise se domnívala, že výše celkového objemu sporného vkladu neznamenala nezbytně, že tento měl být kvalifikován jako základní kapitál. Odkázala v tomto ohledu na skutečnost, že v důsledku stupňovitého modelu v letech 1999 až 2002 mohla Helaba použít k zajištění svých obchodních transakcí pouze část převedeného fondu. Komise zejména odmítla srovnání s věcí WestLB z důvodu, že v této věci byl

objem vloženého kapitálu pouze jedním z nepřímých důkazů umožňujících přirovnání k základnímu kapitálu. Tvrdí v tomto ohledu, že rovněž zohlednila zejména skutečnost, že fond plně podléhal riziku ztráty v případě úpadku nebo likvidace, a skutečnost, že trh s hybridními nástroji vlastního kapitálu nebyl ještě v Německu vyvinut (bod 133 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

125 Žalobce uvádí, že je třeba z pohledu investora rozlišovat dva aspekty, a sice celkovou výši emise a velikost podílu emise přičitatelného každému investorovi. Kritizuje skutečnost, že Komise nepřistoupila k tomuto rozlišení.

126 Pokud jde zaprvé o celkovou výši emise, žalobce nejdříve zpochybňuje důvody, na základě kterých měla Komise za to, že i když byl ve věci WestLB zohledněna výše objemu emise jako nepřímý důkaz podobnosti se základním kapitálem, výše objemu sporného vkladu v projednávaném případě takovou kvalifikaci nevyžaduje. Připomíná tak, že se podle něj sporný vklad z hospodářského hlediska plně podílí na riziku ztráty v případě úpadku nebo likvidace, a uvádí, že kapitálový trh, na kterém by soukromý investor uskutečnil takovou investici do banky Helaba, jako je sporný vklad, nikdy neexistoval v roce 1998 ani později. Uvádí, že jak Komise v rozhodnutí WestLB z roku 1999, tak Tribunál v rozsudku WestLB, bod 7 výše, připisovali při kvalifikaci transakce značný význam vysokému objemu vložených zdrojů. Má za to, že skutečnost, že objem sporného vkladu je obzvláště vysoký, a tedy má v projednávaném případě značný význam, je potvrzena srovnáním s transakcemi uvedenými Komisí v bodě 164 odůvodnění napadeného rozhodnutí, ale rovněž skutečností, že sporný vklad představoval 25 % celkového evropského objemu hybridních nástrojů vlastního kapitálu v roce 1998.

127 Zadruhé má žalobce za to, že odůvodnění Komise vycházející ze stupňovitého modelu nemůže být přijato, protože soukromý investor by s ním nesouhlasil, a je nesprávné mít

za to, že tento systém se rovná pěti menším vkladům, jelikož byl celý sporný vklad jednak okamžitě uznán jako základní vlastní zdroje banky Helaba, a jednak by v případě vkladů vyplacených v různých momentech byly podmínky každého vkladu odlišné, zatímco v projednávaném případě celý vklad podléhá jednotným podmínkám.

128 Pokud jde nejprve o srovnání s věcí WestLB, je třeba připomenout, že rozhodnutí WestLB z roku 1999, o které se opírá žalobce, Tribunál zrušil. Dále, i když je pravda, že v rozhodnutí WestLB z roku 2004, přijatém po tomto zrušení a uvedeném v bodě 133 odůvodnění napadeného rozhodnutí Komise zohlednila výši objemu převedeného kapitálu, aby přirovnala převod dotčený v uvedené věci k základnímu kapitálu, neopřela se o celkový objem operace, ale o část základních vlastních zdrojů WestLB, kterou dotčený kapitál představoval, jakož i rozhodným způsobem o skutečnost, že ke dni uskutečnění transakce nepředstavovaly hybridní nástroje vlastního kapitálu více než 20 % vlastních zdrojů, nebyly v Německu považovány za základní vlastní zdroje a nebyly všechny emitovány bez časového omezení (body 204, 206, 208 a 209 odůvodnění rozhodnutí WestLB z roku 2004).

129 Naopak, pokud jde o sporný vklad, jeho výše (1,264 miliard eur), i když je vyšší než transakce použitá Komisí pro srovnání, je stále velmi vzdálená objemu transakce dotčené ve věci WestLB (3,02 miliardy eur uvedených v rozvaze, z nich 2,05 miliardy uznaných jako základní vlastní zdroje) (body 54 a 71 odůvodnění rozhodnutí WestLB z roku 2004). Krom toho, jak zdůrazňuje Komise, sporný vklad byl poskytnut na konci roku 1998, zatímco vklad dotčený ve věci WestLB byl z roku 1991. Přitom je nesporné, že na konci roku 1998 mohly být hybridní nástroje vlastního kapitálu v souladu s německými právními předpisy již považovány za základní vlastní zdroje, a nikoliv za doplňkové vlastní zdroje, emitovány na neurčitou dobu a při splnění podmínek prohlášení ze Sydney představovat významnou část základních vlastních zdrojů banky.

130 Je třeba rovněž odmítnout argument žalobce, podle kterého Tribunál v rozsudku WestLB, bod 7 výše, přisoudil značný význam kritériu objemu investice. V uvedeném rozsudku totiž Tribunál konstatoval, že Komise vysvětlila, proč se domnívala, že rozdíly mezi hybridními nástroji vlastního kapitálu a spornou transakcí byly takové, že její srovnání s těmito nástroji mělo jen omezenou hodnotu, a tvrdil, že Komise zejména upozornila na skutečnost, že hybridní nástroje vlastního kapitálu uplatněné žalobci v tomto řízení představují obecně pouze malou část vlastních zdrojů banky, na rozdíl od fondu převedeného na WestLB. Tribunál se tak omezil na ověření, že úvaha Komise v projednávaném případě nebyla stižena zjevně nesprávným posouzením, aniž by tvrdil, že je kritérium výše objemu převedených fondů vždy určující. Krom toho připomněl, že Komise měla při tomto určení širokou posuzovací pravomoc (rozsudek WestLB, bod 7 výše, body 350 a 351).

131 Pokud jde dále o odůvodnění vznesené Komisí, podle kterého Helaba mohla v důsledku stupňovitého modelu v letech 1999 až 2002 používat pro zajištění svých obchodních činností pouze část převedeného fondu, je třeba připomenout, že v bodech 58 až 73 výše bylo rozhodnuto, že se Komise nedopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že souhlasila s uvedeným stupňovitým modelem. Krom toho, i když je pravda, jak poznamenává žalobce, že ke dni vložení byl do rozvahy banky Helaba zapsán celý vklad, nic to nemění na tom, že Komise měla za to, že část překračující roční tranše stanovené stupňovitým modelem, stejně jako část, která měla zajistit podporu na rozvoj výstavby bytů, splňovaly pouze úlohu zajištění a nesloužily k rozšíření obchodních činností, a že v důsledku toho byla úhrada stanovena v závislosti na úhradě, kterou by soukromý investor požadoval za zajištění, a nikoliv v závislosti na úhradě, kterou by takový investor požadoval za vklad tichého společníka umožňující bance rozšíření jejích obchodních činností. Vzhledem k tomu, že vklady tichého společníka umožňují okamžité rozšíření obchodních činností, mohla mít Komise za to, aniž by se dopustila zjevně nesprávného posouzení, že při zohlednění stupňovitého modelu se sporný vklad nerovnal vkladu tichého společníka ve výši 1,2 miliard eur umožňujícímu bance Helaba okamžité rozšíření jejích činností, ale sérii pěti vkladů tichého společníka v objemu mezi 180 až 380 miliony eur.

132 Argument žalobce, podle kterého v případě vkladů zaplacených v různých okamžicích se podmínky každého vkladu liší, zatímco sporný vklad podléhá jednotným podmínkám, nemůže tento závěr vyvrátit. Je totiž třeba konstatovat, že žalobce nevysvětluje, proč by se podmínky použitelné na pět postupně vložených vkladů nezbytně lišily.

133 Pokud jde zadruhé o podíl emise přičitatelný každému investorovi, žalobce tvrdí, že skutečnost, že emise není rozdělena mezi určité množství investorů, ale je upsána jediným investorem, je rovněž neobvyklá. Tvrdí v tomto ohledu, že riziko, kterému je vystaven investor, roste progresivně s výškou vloženého kapitálu jak v absolutní hodnotě, tak v porovnání s rizikem, kterému jsou vystaveny jiné subjekty uskutečňující méně významné investice. Žalobce má za to, že za těchto podmínek se sporný vklad uskutečněný jediným investorem blíží investici do základního kapitálu.

134 V tomto ohledu stačí konstatovat, že žalobce nevznáší nejmenší důkaz, který by umožnil domnívat se, že je běžné, že se úhrada investora upisujícího část vkladu tichého společníka liší podle velikosti této části v rámci celé emise, takže investoři, kteří upsali vyšší objem, pobírají vyšší úhradu než jiní. Krom toho v transakcích použitých Komisí v napadeném rozhodnutí pro srovnání se zmiňuje pouze sazba úhrady, přičemž nic neumožňuje předpokládat, že investoři, kteří investovali více, obdrželi vyšší úhradu. Krom toho žalobce nevysvětluje, v jaké míře zvýšení rizika neseného Spolkovou zemí z důvodu jejího přání nerozdělit zvláštní fond, činí její investici podobnou investici do základního kapitálu banky, protože tato posledně uvedená investice se nezbytně nevyznačuje svou velikostí a majitel podílu na základním kapitálu může upsat menší objem jak v absolutní hodnotě, tak ve vztahu k celkovému kapitálu.

135 Za těchto okolností je třeba mít za to, že argumenty žalobce neumožňují domnívat se, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla za to, že objem

sporného vkladu nebrání závěru, že tento vklad připomíná více vklady tichého společníka emitované na trhu než základní kapitál.

– Vyrovnávací rezerva základního kapitálu

136 Komise měla za to, že omezená povaha vyrovnávací rezervy základního kapitálu jí neumožňuje vyloučit, že by soukromý investor uskutečnil investici srovnatelnou se sporným vkladem ve formě vkladu tichého společníka. V tomto ohledu se opřela o skutečnost, že jelikož Landesbanken jakožto veřejnoprávní instituce nemohou získat základní kapitál na finančních trzích, používají vklady tichého společníka ve vyšší míře než soukromé banky. Uvedla, že investoři, z nichž někteří soukromí, jsou navíc ochotni akceptovat nižší vyrovnávací rezervu základního kapitálu v případě Landesbanken, protože tyto mají nižší rizikovou strukturu (bod 134 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

137 Žalobce uvádí, že i když se Komise odvolává na skutečnost, že vyrovnávací rezerva základního kapitálu je v projednávaném případě nižší než u soukromých bank, nepřihlíží ke skutečnosti, že sporný vklad má čtyři vlastnosti, které mu dávají povahu zvláštní záruky a díky nimž se jeví jako prostředek – blízký základnímu kapitálu – k trvalému zajištění kapitálové základny banky Helaba. Kritizuje krom toho posouzení Komise, podle kterého snížená vyrovnávací rezerva základního kapitálu neumožňuje vyloučit, že by soukromý investor uskutečnil srovnatelnou investici ve formě vkladu tichého společníka.

138 Pokud jde jednak o čtyři vlastnosti sporného vkladu, které mu dávají povahu zvláštní záruky, žalobce zaprvé uvádí skutečnost, že představuje neobvykle vysokou část vlastních zdrojů banky Helaba, a sice 40 %. Zadruhé uvádí, že tato vysoká část

vlastních zdrojů banky Helaba byla upsána jediným investorem, zatímco v případě vkladů tichého společníka použitých Komisí pro srovnání neměl žádný z individuálních investorů podíl překračující 1 %. Vyrovnávací rezerva základního kapitálu tak byla pro investora v případech vkladů tichého společníka použitých pro srovnání 99 % a v případě sporného vkladu 60 %. Zatřetí zdůrazňuje, že celý tento vklad je považován za základní vlastní zdroje, a nikoliv jen za vlastní zdroje. Začtvrté uvádí, že celý vklad byl považován za základní vlastní zdroje banky Helaba, a nikoliv za základní vlastní zdroje skupiny, čímž dává Helaba větší flexibilitu pro jeho použití, takže soukromý investor by požadoval zvýšení své úhrady.

139 V tomto ohledu je třeba nejdřív konstatovat, že sporný vklad sám o sobě představuje skutečně významnou část vlastních zdrojů Helaba, zatímco vklady tichého společníka na dobu určitou mohou podle prohlášení ze Sydney představovat pouze 15 % základních vlastních zdrojů. Jedná se neoddiskutovatelně o rozdíl mezi sporným vkladem a vklady tichého společníka na dobu určitou.

140 Pokud jde dále o skutečnost, že sporný vklad byl upsán jediným investorem, který z toho důvodu disponuje 40 % vlastních zdrojů banky Helaba, je třeba mít za to, že tato okolnost nemůže z hospodářského pohledu přeměnit vklad tichého společníka v základní kapitál, stejně jako skutečnost, že investor vlastní nepatrný podíl na základním kapitálu nezbavuje jeho investici povahy investice do základního kapitálu.

141 Část vlastních zdrojů vlastněná investorem sice podmiňuje jeho vystavení se rizikům, avšak neovlivňuje povahu tohoto rizika ani hospodářskou kvalifikaci uskutečněných investic. Tak hlavní vlastnosti odlišující vklady tichého společníka od základního kapitálu, a sice pořadí v případě úpadku nebo likvidace, podmínky platby úhrady a výhody nebo nevýhody pro banku spojené s využitím jedné nebo druhé této techniky, zůstávají stejné, ať je výše individuální investice jakákoliv.

142 Pokud jde o skutečnost, že sporný vklad byl považován za základní vlastní zdroje banky Helaba, a nikoliv její skupiny, je třeba konstatovat, že Komise a vedlejší účastníce řízení nezpochybnily, že se skutečně jedná o zvláštnost sporného vkladu. Nicméně skutečnost uplatněnou žalobcem, že tato kvalifikace dává Helaba zvýšenou flexibilitu při užívání fondu, nelze identifikovat jako prvek zvyšující rizikový profil sporného vkladu oproti vkladům tichého společníka a přibližující ho základnímu kapitálu.

143 Konečně, pokud jde o skutečnost, že sporný vklad byl jako celek považován za základní vlastní zdroje, je třeba poznamenat, že žalobce se omezuje na uvedení této vlastnosti, aniž by rozvinul svou argumentaci. Protože tato vlastnost je důsledkem toho, že sporný vklad byl vytvořen jako „perpetuál", bez doložky o zvýšení úroků (dále jen „doložka step-up"), je třeba odkázat na posouzení Tribunálu ohledně trvalé povahy sporného vkladu (viz níže body 150 až 154).

144 Pokud jde dále o posouzení Komise, podle kterého jí nízká vyrovnávací rezerva základního kapitálu neumožňovala vyloučit, že by soukromý institucionální investor uskutečnil investici srovnatelnou se sporným vkladem ve formě vkladu tichého společníka, žalobce tvrdí, že skutečnost, že Landesbanken využívají vklady tichého společníka častěji, neznamená, že investoři se vzdají přiměřené úhrady. Doplňuje, že uvedené vklady tichého společníka byly v každém případě upsány jejich majiteli, veřejnými, a nikoliv soukromými investory, takže Komise na ně nemohla pro srovnání odkázat. Ohledně tvrzení Komise, podle kterého jsou navíc investoři ochotni akceptovat nižší vyrovnávací rezervu základního kapitálu v případě Landesbanken, protože je jejich riziková struktura nižší, žalobce uvádí, že srovnání mezi ratingovým hodnocením Landesbanken a hodnocením soukromých bank prokazuje, že riziková struktura Landesbanken není nižší.

145 Je třeba uvést, že – jak uvádí žalobce – otázkou není, zda sporný vklad mohl být na trhu emitován přes existenci vyrovnávací rezervy základního kapitálu ve výši pouze 60 %, ale zda tato okolnost činí sporný vklad, pokud jde o jeho rizikový profil, bližší

vkladům tichého společníka na dobu určitou než základnímu kapitálu a zda vyžaduje vyšší úhradu.

146 V tomto ohledu je třeba poznamenat, že ze spisu vyplývá, že před prohlášením ze Sydney představovaly vklady tichého společníka pouze malou část základních vlastních zdrojů bank. Až po tomto prohlášení v říjnu 1998 bylo ujasněno, že hybridní nástroje vlastního kapitálu mohou být považovány za základní vlastní zdroje nad mezí 15 % a byly upřesněny podmínky tohoto uznání. Je tedy možné předpokládat, že v okamžiku, kdy se strany konečně dohodly na sporném vkladu, v prosinci 1998, se důsledky prohlášení ze Sydney na poměr základních vlastních zdrojů získaných prostřednictvím hybridních nástrojů vlastního kapitálu, a tedy na vyrovnávací rezervu základního kapitálu dosud na trhu neprojevily.

147 Přitom z napadeného rozhodnutí (body 129 a 134 odůvodnění) vyplývá, že následně jak soukromé banky, tak Landesbanken zvýšily podíl hybridních nástrojů vlastního kapitálu na jejich základních vlastních zdrojích a toto zvýšení bylo obzvláště významné v případě Landesbanken. Z napadeného rozhodnutí (body 179 a 180 odůvodnění) rovněž vyplývá, že hybridní nástroje vlastního kapitálu, které byly emitovány bankami po Prohlášení ze Sydney a splňují podmínky tohoto Prohlášení, aby byly uznány jako základní vlastní zdroje nad horní mez 15 %, nebyly hrazeny sazbou výrazně vyšší než vklady tichého společníka emitované dříve. Konečně z napadeného rozhodnutí (bod 134 odůvodnění), jakož i z odpovědi Komise na písemnou otázku Tribunálu vyplývá, že mezi investory, kteří upsali vklady tichého společníka emitované Landesbanken, se nacházeli soukromí investoři, kteří nepožadovali vyšší úhradu za vklady, aby zohlednili omezenou povahu vyrovnávací rezervy základního kapitálu těchto bank.

148 Za těchto okolností argumentace žalobce neumožňuje mít za to, že s ohledem na sníženou vyrovnávací rezervu základního kapitálu je rizikový profil sporného vkladu z hospodářského hlediska bližší základnímu kapitálu.

149 S ohledem na výše uvedené úvahy, není třeba zkoumat kritiky žalobce ohledně tvrzení Komise, podle kterého byli investoři v případě Landesbanken víc ochotni akceptovat nižší vyrovnávací rezervu základního kapitálu, protože byla nižší riziková struktura těchto bank. Důvody, pro které byli investoři v případě Landesbanken víc ochotni akceptovat nižší vyrovnávací rezervu základního kapitálu, jsou totiž v projednávaném případě irelevantní, protože je prokázáno, že existence nižší vyrovnávací rezervy základního kapitálu nebrání soukromým investorům upisovat vklady tichého společníka Landesbanken ani je nevede k tomu, aby požadovali úhradu vyšší, než je úhrada za vklady tichého společníka emitované bankami, které mají vyrovnávací rezervu základního kapitálu vyšší.

– K trvalému charakteru vkladu a nemožnosti převodu

150 V napadeném rozhodnutí měla Komise v zásadě za to, že trvalý charakter vkladu a nemožnost jeho převodu neodůvodňují, aby úhrada za sporný vklad byla srovnávána s úhradou za investici do základního kapitálu spíše než s úhradou za vklady tichého společníka na dobu určitou a že vliv této vlastnosti vkladu musí být přezkoumán v rámci výpočtu přiměřené úhrady. Odůvodnila toto posouzení tím, že uvedla, že trvalý charakter sporného vkladu znamená hlavně riziko investora, že nemůže využít zvýšení úrokové sazby na trhu, ale netýká se úrovně rizika ztráty v případě úpadku nebo likvidace (bod 138 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

151 Žalobce uvádí, že činitelem, který zvyšuje rizikový profil sporného vkladu oproti vkladům tichého společníka emitovaným na trhu není jeho neurčitá doba, ale skutečnost, že Spolková země nemůže stáhnout investici, protože uvedený vklad není zastupitelný, a nemůže převést svá práva na třetí osoby bez souhlasu banky Helaba. Naopak „perpetuály“ emitované na trhu jsou kotované na burze, takže investor může v každém okamžiku stáhnout investici a není vázán na banku na neurčitou dobu. V replice kritizuje skutečnost, že Komise podle něj zachází s trvalostí a zastupitelností, jako by

tyto dva aspekty neměly mezi sebou žádný vztah, zatímco rizikový profil sporného vkladu vyplývá ze vzájemného působení těchto dvou vlastností, což vede k tomu, že Spolková země nemůže stáhnout investici. Krom toho zpochybňuje argumenty Komise, podle kterých není zastupitelnost vyloučena, ale pouze omezena.

152 Je třeba konstatovat, že účastníci řízení v odpovědi na otázku Tribunálu na jednání potvrdili, že existují vklady tichého společníka, které jsou tak jako v projednávaném případě uskutečněny po vzájemné dohodě mezi emitující bankou a investory a nejsou kotovány na burze. Z toho vyplývá, že zastupitelnost vyplývající z kotování vkladu na burze není vlastností všech vkladů tichého společníka upsaných soukromými investory. Ze spisu nicméně vyplývá, že vklady vyjednané ve vzájemné dohodě nejsou hrazeny na vyšší úrovni než vklady kotované na burze.

153 V každém případě je třeba poznamenat, že sporný vklad se v tomto ohledu liší rovněž od investic do základního kapitálu, protože, jak uvedl žalobce v průběhu správního řízení, které předcházelo přijetí napadeného rozhodnutí (bod 68 odůvodnění napadeného rozhodnutí), společník, přinejmenším akciové společnosti jako jsou německé banky, které emitovaly vklady použité Komisí jako referenci, může v každém okamžiku bez omezení prodat svou investici.

154 Z toho vyplývá, že i za předpokladu, že investice Spolkové země není zastupitelná a toto zvyšuje oproti vkladům tichého společníka riziko ztráty v případě úpadku nebo likvidace, odlišuje tato okolnost sporný vklad rovněž od investice do základního kapitálu v bankách, které emitovaly vklady použité Komisí jako referenci, a neznamená to, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla za to, že sporný vklad musí být srovnáván s jinými vklady tichého společníka emitovanými na trhu,

a nikoliv se základním kapitálem, přičemž prostřednictvím nezbytných zvýšení mezi nimi zohlednila zejména zvýšení z důvodu trvalosti, jeho zvláštnosti.

Vlastnosti sporného vkladu, které nebyly uplatněny v průběhu správního řízení a přezkoumány v napadeném rozhodnutí

155 Žalobce tvrdí, ž.e sporný vklad zahrnuje významné riziko ztráty jak úhrady, tak vloženého fondu, a to i mimo případ likvidace nebo úpadku, který byl přezkoumán výše. Odkazuje v tomto ohledu na skutečnost, že sporný vklad se podílí na ročních ztrátách banky Helaba, jakož i na rizicích, které nese Spolková země, že v případě roční ztráty banky Helaba neobdrží úhradu a že nebude moci získat zpět vložený fond prostřednictvím navrácení.

156 Pokud jde o podíl na ročních ztrátách banky Helaba, žalobce tvrdí, že se sporný vklad podílí z hospodářského hlediska na uvedených ztrátách stejným způsobem jako základní kapitál, protože podle čl. 3 odst. 1 a čl. 8 odst. 1 smlouvy se vklad podílí v plném rozsahu na případné roční ztrátě banky Helaba a případné ztráty omezují právo Spolkové země na vrácení vkladu v případě ukončení smluvního vztahu. Doplňuje, že skutečnost, že účast na ztrátách je typická pro všechny vklady tichého společníka, je irelevantní, protože je třeba tuto okolnost posoudit v rámci souhrnu hospodářských vlastností sporného vkladu. Má dále za to, že skutečnost, že podle článku 4 smlouvy (doložka o lepších hospodářských výsledcích) musí být případné budoucí zisky v případě ztrát obětovány doplnění vkladu, nestaví Spolkovou zemi do výhodnější situace než akcionáře, protože nemá na rozdíl od něj prospěch ze zvýšení hodnoty podniku.

157 V tomto ohledu je třeba konstatovat, že i když je pravda, že účast na ztrátách přibližuje sporný vklad základnímu kapitálu, což je důvod, proč jej BAKred uznal jako základní

vlastní zdroje banky Helaba, nic to nemění na tom, že jej neodlišuje od jiných vkladů tichého společníka rovněž uznaných jako základní vlastní zdroje.

158 Je jistě pravda, že v projednávaném případě je míra, o niž se hodnota vkladu sníží z důvodu ztrát banky Helaba, vyšší než pro vklady použité Komisí pro porovnání. Tato okolnost je nicméně důsledkem toho, že sporný vklad představuje větší část základních vlastních zdrojů banky Helaba než jiné vklady do vlastních zdrojů emitujících bank, a není charakteristickou vlastností sporného vkladu, která by se lišila od aspektu jeho objemu ve vztahu k celkovým základním vlastním zdrojům banky Helaba (viz body 136 až 149 výše).

159 Pokud jde o doložku o lepších hospodářských výsledcích stanovenou v článku 4 smlouvy (viz bod 156 výše), stačí konstatovat, že i když je možné, jak tvrdí žalobce, že Spolkovou zemi nezbytně nezvýhodňuje oproti investorovi do základního kapitálu, protože otázka, která investice je výhodnější, závisí na okolnostech každého hospodářského roku, je třeba v každém případě konstatovat, že je odlišuje, a činí tak sporný vklad bližší vkladům tichého společníka, které mohou stanovit takovou doložku, než základnímu kapitálu.

160 Za těchto okolností nemůže účast sporného vkladu na ztrátách prokázat, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že srovnala úhradu za sporný vklad s úhradou za vklady tichého společníka na dobu určitou.

161 Pokud jde o riziko, které nese Spolková země, že neobdrží úhradu v případě roční ztráty banky Helaba, žalobce uvádí, že úhrada, která musí být placena Spolkové zemi, představuje významnou část zisků banky Helaba, a v důsledku toho je zde značné riziko, že ji Spolková země neobdrží. V tomto ohledu tvrdí, že úhrada, která musí být placena Spolkové zemi, představovala v roce vložení sporného vkladu podstatně vyšší

část zisků banky Helaba, než je část, kterou představovala úhrada za vklady emitované soukromými bankami, použité pro porovnání v napadeném rozhodnutí, v ziscích každé z těchto bank.

162 Pokud jde o riziko, které nese Spolková země, že nebude moci získat zpět vložený fond prostřednictvím navrácení, žalobce uvádí, že vzhledem ke kvantitativnímu významu sporného vkladu v základních vlastních zdrojích banky Helaba, nebude tato schopna vklad Spolkové zemi vrátit, protože její zisky jí neumožní nahradit základní vlastní zdroje, které by při této příležitosti ztratila.

163 Je třeba poznamenat, že tyto dvě vlastnosti sporného vkladu jsou v zásadě důsledkem skutečnosti, že představuje vyšší část základních vlastních zdrojů banky Helaba, než je část představovaná referenčními transakcemi v základních vlastních zdrojích bank. Podobně jak bylo rozhodnuto ohledně účastni na ztrátách (viz bod 158 výše), není tedy třeba zkoumat tyto dvě vlastnosti nezávisle. Dále, pokud jde o podíl zisků banky Helaba v roce 1998, které představovala úhrada Spolkové země, je třeba konstatovat jednak to, že žalobce nezohledňuje skutečnost, že v souladu se stupňovitým modelem banky Helaba musela hradit celý sporný vklad – s výjimkou části nezbytné pro zajištění činností podpory na výstavbu bytů – sazbou 1,4 % až od roku 2003, a jednak to, že používá pro své srovnání zisky banky Helaba po zdanění v roce 1998, a nikoliv její roční přebytek před zdaněním, ačkoliv je nesporné, že jelikož je sporný vklad vkladem tichého společníka, úhrada za něj představuje podle německých právních předpisů provozní náklad, který musí být zaplacen před zdaněním.

164 Z toho vyplývá, že argumenty žalobce ohledně rizik, které nese Spolková země, že v případě roční ztráty banky Helaba neobdrží úhradu a nebude moci získat zpět vložený fond prostřednictvím navrácení, neumožňují mít za to, že se Komise dopustila

zjevně nesprávného posouzení tím, že srovnala úhradu za sporný vklad s úhradou za vklady tichého společníka na dobu určitou.

K situaci na trhu v okamžiku vložení sporného vkladu

165 Žalobce jednak uvádí, že Komise nesprávně použila kritérium soukromého investora tím, že pro účely hospodářské kvalifikace sporného vkladu nevzala do úvahy den jeho udělení, a sice 31. prosinec 1998.

166 V tomto ohledu poznamenává, že v bodě 129 odůvodnění napadeného rozhodnutí Komise odkazuje na praxi soukromých bank popsanou Spolkovou republikou Německo, která je shrnuta v bodech 96 a 99 odůvodnění uvedeného rozhodnutí. V těchto bodech odůvodnění Komise uvádí, že Spolková republika Německo vysvětlila zaprvé, že pouze několik měsíců po bance Helaba získala na kapitálovém trhu „perpetuál" Deutsche bank, zadruhé, že na trhu se od roku 1999 nepřipisoval zásadní význam rozlišování mezi finančními nástroji na dobu určitou a na dobu neurčitou, a zatřetí, že tvrzení žalobce, podle kterého je pro velké investice možno využít pouze formu základního kapitálu, je vyvráceno velkým objemem vkladů tichého společníka, které získaly soukromé úvěrové instituce na kapitálovém trhu jak v letech 1998 a 1999, tak následně. Poznamenává dále, že tabulka uvedená v bodě 101 odůvodnění napadeného rozhodnutí popisuje vývoj podílu základních vlastních zdrojů tří soukromých bank tvořeného hybridním vlastním kapitálem v letech 1998 a 2003. Tvrdí, že se Komise tím, že odkazuje na praxi německých bank takto popsanou Spolkovou republikou Německo, opírá o informace, které byly dostupné pouze v letech po uskutečnění sporného vkladu.

167 Žalobce doplňuje, že koncem roku 1998 nemohla Spolková země předvídat následný vývoj, ke kterému dojde na kapitálovém trhu ohledně vkladů tichého společníka a „perpetuálů". Uvádí, že Komise měla v důsledku toho pro hospodářskou kvalifikaci

sporného vkladu zohlednit pouze situaci na trhu, jaká byla v roce 1998, a nikoliv budoucí vývoj kapitálového trhu neznámý v okamžiku uskutečnění sporného vkladu.

168 Je třeba připomenout, že v souladu s judikaturou musí být srovnání mezi chováním veřejných a soukromých investorů provedeno ve vztahu k přístupu, který by měl v rámci dotčené transakce soukromý investor s ohledem na dostupné informace a vývoj předvídatelný v dané době (rozsudky Tribunálu ze dne 30. dubna 1998, Cityflyer Express v. Komise, T-16/96, Recueil, s. II-757, bod 76, a WestLB, bod 7 výše, bod 246).

169 V projednávaném případě je třeba nejdříve konstatovat, že odkaz Komise v bodě 129 odůvodnění napadeného rozhodnutí na praxi německých bank směřuje pouze k podpoře jejího výkladu Prohlášení ze Sydney, podle kterého toto prohlášení neumožňuje dospět k závěru, že trvalé inovační finanční nástroje nemohou být v žádném případě uznány jako základní vlastní zdroje nebo že se na ně rovněž vztahuje horní hranice 15 % základních vlastních zdrojů. Komise tak odkazuje na tuto praxi, když uvádí, že svědčí ve prospěch možnosti použít trvalé inovační finanční nástroje jakožto vlastní zdroje nad horní hranici 15 %. Komise v důsledku toho neopírá své posouzení o tyto transakce, které následovaly po sporném vkladu, ale používá je pouze k podepření svého vlastního výkladu Prohlášení ze Sydney.

170 V každém případě je třeba konstatovat, že žalobce nevysvětluje, proč vývoj trhu, ke kterému došlo po Prohlášení ze Sydney, nemohly Spolková země a Helaba předvídat v okamžiku, kdy se dohodly na sporném vkladu. Toto vysvětlení by bylo o to nezbytnější, že z napadeného rozhodnutí vyplývá, že uvedený vývoj trhu potvrdil posouzení stran sporného vkladu, podle kterého jednak „perpetuály“ neměly být hrazeny

v závislosti na základním kapitálu, a jednak velikost vyrovnávací rezervy základního kapitálu neovlivňuje úroveň úhrady.

171 Krom toho žalobce zpochybňuje, že v Německu existoval v okamžiku vložení sporného vkladu rozvinutý trh s hybridními nástroji vlastního kapitálu, na kterém by Helaba mohla emitovat takový vklad, jako je sporný vklad. Tvrdí tak, že „perpetuál" bez doložky step-up, jako je sporný vklad, by nemohl být v roce 1998 emitován pro institucionální investory, jako je Spolková země. Institucionální investoři souhlasili s upisováním takových „perpetuálů" až od roku 2004. Dále se tyto „perpetuály" týkaly nižšího objemu a byly kotovány na burze. Krom toho by sporný vklad nemohl být z důvodu svého objemu emitován ani následně, protože byl upsán jediným investorem a uznán jako základní vlastní zdroje v plné výši, a to na úrovni banky Helaba, a nikoliv skupiny, ke které náleží.

172 Žalobce tvrdí, že Komise zakrývá tuto skutečnost tím, že tvrdí, že Helaba by mohla získat fondy emitováním vícero menších tranší. V tomto ohledu zejména uvádí, že toto tvrzení porušuje kritérium soukromého investora, protože znamená zohlednění chování investora v jiné situaci, než byla situace Spolkové země, jakož i změnu priorit v tom smyslu, že spočívá na alternativních možnostech, které by Helaba měla v budoucnu, a nikoliv na otázce, zda by soukromý investor poskytl bance Helaba stejný vklad a za stejných podmínek. V důsledku toho má za to, že neexistence rozvinutého trhu hybridních nástrojů vlastního kapitálu v Německu měla Komisi dovést k závěru, že Helaba mohla získat na trhu srovnatelný objem základních vlastních zdrojů pouze ve formě základního kapitálu.

173 Je třeba konstatovat, že žalobce nezpochybňuje přímo odkaz Komise v bodě 137 odůvodnění napadeného rozhodnutí na existenci „perpetuálu" bez doložky step-up emitovaného roce 1987 a upsaného institucionálními investory a nevznáší argumenty

směřující k prokázání, že Komise nemohla opřít své posouzení o tuto skutečnost. I když tvrdí, že první emise „perpetuálu" bez doložky step-up upsaného německými institucionálními investory se datuje v roce 2004 a první emise tohoto typu byla uskutečněná německou bankou v roce 2005, tato tvrzení nestačí k prokázání, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že se opřela o transakci uvedenou v bodě 137 odůvodnění napadeného rozhodnutí, aby vyvrátila argument, podle kterého nebyli institucionální investoři ochotni upisovat „perpetuály" bez doložky step-up, takže sporný vklad může být z důvodu své neurčité doby srovnáván pouze se základním kapitálem.

174 Pokud jde o rozdíly uplatněné žalobcem mezi sporným vkladem a vklady tichého společníka emitovanými na trhu, je třeba konstatovat, že odpovídají argumentům, který již byly přezkoumány a odmítnuty.

175 Pokud jde o argument žalobce, podle kterého Komise porušuje kritérium soukromého investora tím, že tvrdí, že Helaba mohla získat prostředky emitováním vícero menších tranší, je třeba připomenout, že i když je jistě pravda, že kritérium soukromého investora vyžaduje posoudit, zda by takový investor uskutečnil dotčenou transakci za stejných podmínek, nic to nemění na tom, že v souladu s judikaturou citovanou v bodech 35 a 36 výše, je cílem přezkumu státních podpor určit, zda podnik, který je jejich příjemcem, získává hospodářskou výhodu, kterou by za běžných tržních podmínek nezískal, a že za tímto účelem není možné mít za to, že musí být zohledněno pouze hledisko investora. Žalobce proto nemůže tvrdit, že otázka, zda Helaba mohla získat na trhu stejné výhody a za stejnou cenu je irelevantní, ačkoliv je tato otázka zásadní pro určení, jaký by byl výsledek jednání mezi bankou Helaba a hypotetickým soukromým investorem nacházejícím se v situaci Spolkové země.

176 Za těchto okolností je třeba zamítnout výtky žalobce vycházející z použití nesprávného referenčního období a z nesprávného posouzení situace na trhu v okamžiku vložení sporného vkladu.

Závěr ohledně kvalifikace sporného vkladu jako vkladu tichého společníka

177 Je nesporné, že sporný vklad představuje zvláštní nástroj, který neodpovídá přesně ani vkladům tichého společníka emitovaným na trhu, ať již jsou na dobu určitou, či neurčitou, ani základnímu kapitálu.

178 Z výše uvedeného přezkumu nicméně vyplývá, že sporný vklad se blíží vkladům tichého společníka na dobu určitou uznaným jako základní vlastní zdroje a to z důvodu následujících vlastností: jeho pořadí v případě likvidace nebo úpadku, a to jak ve vztahu k věřitelům banky, tak majitelům; skutečnosti, že existuje povinnost roční úhrady, jejíž částka je stanovená ve smlouvě; skutečnosti, že platba úhrady se přerušuje v případě roční ztráty, že představuje jediný zisk, který má investor ze svého vkladu při neexistenci účasti na zvýšení hodnoty podniku, a že Helaba má povinnost zaplatit nevyplacené úhrady v letech následujících po roku nebo letech, během kterých nebyla úhrada placena; skutečnosti, že se podílí na ročních ztrátách banky a skutečnosti, že existuje doložka o lepších hospodářských výsledcích v případě, kdy je hodnota vkladu snížena ztrátami.

179 Naopak se liší od vkladů tichého společníka na dobu určitou uznaných jako základní vlastní zdroje a blíží se základnímu kapitálu v rozsahu, v němž je na dobu neurčitou, a z tohoto důvodu může být uznán jak jako základní vlastní zdroje nacházející se nad mezí 15 % a v rozsahu, v němž představuje velmi významnou část základních vlastních zdrojů a byl uznán jako základní vlastní zdroje na úrovni banky Helaba, a nikoliv skupiny, ke které patří.

180 Konečně se liší jak od většiny vkladů tichého společníka na dobu určitou, uznaných jako základní vlastní zdroje, tak od základního kapitálu soukromých bank, které emitovaly vklady použité Komisí pro srovnání v rozsahu, v němž investice Spolkové země

není zastupitelná nebo je zastupitelná pouze velmi omezeným způsobem. Krom toho se liší od vkladů tichého společníka použitých Komisí jako referenčních a od velkého množství investic do základního kapitálu v tom, že Spolková země disponuje velmi značnou částí vlastních zdrojů banky.

181 Z toho vyplývá, že jedinými vlastnostmi sporného vkladu, které ho odlišují od vkladů tichého společníka na dobu určitou a zároveň přibližují základnímu kapitálu, jsou jednak jeho neurčitá doba, a jednak skutečnost, že představuje více než 15 % základních vlastních zdrojů Helaba. Přitom z výše uvedeného přezkumu vyplývá jednak to, že žalobce neprokazuje, že tyto vlastnosti typické pro „perpetuály" vedou na trhu k úhradě bližší úhradě za investici do základního kapitálu než úhradě za vklady tichého společníka na dobu určitou, a jednak to, že není důvod si myslet, že Spolková země a Helaba nemohly předvídat tento vývoj.

182 S ohledem na výše uvedené neumožňují argumenty žalobce mít za to, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že se na základě celkového přezkumu vlastností sporného vkladu domnívala, že vykazuje více podobností s vklady tichého společníka než se základním kapitálem, a že v důsledku toho musí být úhrada za něj srovnávána s úhradou za vklady tichého společníka na dobu určitou o objemu, který lze obvykle najít na trhu, ke které je případně třeba připojit přirážku.

4. *Ke srovnání úhrady za sporný vklad s úhradou za zajištění vyžadovanou na trhu*

183 Pokud jde o srovnání úhrady za sporný vklad s úhradou za zajištění vyžadovanou na trhu, žalobce zpochybňuje tvrzení Komise týkající se zohlednění dodatečné zátěže vyplývající ze živnostenské daně, kterou musí Helaba platit z důvodu sporného vkladu, srovnání základní úhrady dohodnuté mezi Spolkovou zemí a bankou Helaba

se základní úhradou za zajištění vyžadovanou na trhu a srovnání přirážky za trvalost dohodnuté v projednávaném případě s přirážkou za trvalost vyžadovanou na trhu.

a) K zohlednění živnostenské daně

Napadené rozhodnutí

184 Komise měla za to, že pro účely srovnání úhrady dohodnuté za sporný vklad a úhrady dohodnuté na trhu je třeba zohlednit účinek živnostenské daně zatěžující sporný vklad, která je v projednávaném případě 0,26 % ročně. Uvedla v tomto ohledu, že ačkoliv tato daň musí být placena institucionálními investory vykonávajícími svou činnost v Německu, kteří z tohoto důvodu vyžadují vyšší úhradu, v projednávaném případě musela být placena Helaba, protože Spolková země jí nepodléhá. Komise tak měla za to, že celková zátěž banky Helaba, která má být srovnána s rozpětím úhrady na trhu, se nerovná úhradě dohodnuté stranami ve výši 1,4 %, ale úhradě ve výši 1,66 % (body 156 až 159 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

Argumenty účastníků řízení

185 Žalobce kritizuje toto posouzení a uvádí, že investoři v očekávání výnosů nezohledňují daňové postavení příjemce investice a že Komise neprokázala, že na trhu by byl příjemce schopen přenést celé své daňové břemeno na investora. Tvrdí, že neexistuje žádný rozdíl mezi částkou úhrady placenou různým investorům za stejný vklad, a to přestože vnitrostátní investoři, kteří nevykonávají žádnou průmyslovou nebo obchodní činnost, ani zahraniční investoři, nepodléhají živnostenské dani, když

uskutečňují vklady tichého společníka, a v důsledku toho se nachází ve stejné situaci jako Spolková země.

186 Žalobce doplňuje, že dodatečná zátěž, kterou musí nést Helaba, není v každém případě rovna sazbě živnostenské daně, ale nižší, protože uvedená daň představuje pro banku Helaba provozní výdaj, a v důsledku toho snižuje její zdanitelný příjem. Tak po zaplacení korporační daně (40 % v rozhodné době v Německu) a solidární přirážky (5,5 %), je dodatečná zátěž pouze 0,15 %.

187 Komise a vedlejší účastnice řízení tyto argumenty zpochybňují.

Závěry Tribunálu

188 Pokud jde nejprve o nezbytnost zohlednit účinek živnostenské daně na zátěž nesenou bankou Helaba z důvodu sporného vkladu, je třeba konstatovat, že žalobce nezpochybňuje, že Helaba je povinna platit tuto daň z důvodu, že Spolková země jí nepodléhá. I když sice uvádí, že někteří další investoři rovněž této dani nepodléhají a že to nemění částku placené úhrady, je třeba poznamenat, že Spolková republika Německo a Helaba na jednání potvrdily, že i když je pravda, že banky musí v zásadě platit živnostenskou daň za úhrady, které platí investorům neusazeným v Německu nebo nevykonávajícím žádnou průmyslovou nebo obchodní činnost, nic to nemění na tom, že ani banky, ani německé orgány neznají totožnost investorů vlastnících cenné papíry z vkladů tichého společníka, a že v důsledku toho banky neplatí živnostenskou daň za vyplacené úhrady, přestože část těchto úhrad je placena investorům dani nepodléhajícím.

189 Je třeba poznamenat, že jelikož se úvaha Komise neopírá o skutečnost, že Spolková země nemusí platit daň, ale o skutečnost, že jí Helaba platit musí, čímž nese zátěž, kterou by nemusela nést, pokud by byl vklad uskutečněn soukromým investorem na trhu, skutečnost, že banky v praxi neplatí živnostenskou daň odpovídající úhradě placené investorům neusazeným v Německu nebo nevykonávajícím žádnou průmyslovou nebo obchodní činnost, zbavuje argument žalobce jeho relevance. V projednávaném případě totiž musí Helaba, na rozdíl od případu jiných vkladů tichého společníka na trhu, nést dodatečnou zátěž z důvodu platby živnostenské daně. Tato zátěž, i když neznamená vyšší úhradu pro Spolkovou zemi, musí být zohledněna při přezkumu toho, zda Helaba nese z důvodu sporného vkladu zátěž přinejmenším stejnou jako je ta, kterou nesou banky, jež emitovaly vklady tichého společníka na trhu, a zda v důsledku toho získává výhodu.

190 Za těchto okolností je třeba mít za to, že žalobce neprokazuje, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že zohlednila vliv živnostenské daně na celkovou zátěž nesenou bankou Helaba z důvodu sporného vkladu.

191 Pokud jde dále o výpočet zátěže, kterou Helaba skutečně nesla, je třeba poznamenat, že v projednávaném případě se nejedná o otázku, jaká je konečná zátěž po zdanění, která pro banku Helaba vyplývá ze sporného vkladu, ale o srovnání této zátěže s tou, která by vyplývala z vkladu na dobu určitou upsaného soukromým investorem. Za tímto účelem může být srovnání mezi zátěžemi vyplývajícími z jednoho nebo druhého vkladu provedeno před nebo po zdanění, za předpokladu že obě zátěže jsou hodnoceny v témže okamžiku. Přitom protože Komise v napadeném rozhodnutí používá jako referenční zátěž před zdaněním, kterou představují vklady tichého společníka použité pro srovnání, je třeba rovněž zohlednit zátěž před zdaněním vyplývající ze živnostenské daně (viz v tomto smyslu rozsudek WestLB, bod 7 výše, bod 384).

192 Z toho vyplývá, že žalobce neprokazuje ani to, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla za to, že zátěž vyplývající z platby živnostenské daně,

která musí být zohledněna pro účely srovnání úhrady za sporný vklad s úhradou za vklady existující na trhu, je zátěž před zdaněním.

b) Ke srovnání základní úhrady se základní úhradou za zajištění vyžadovanou na trhu

Napadené rozhodnutí

193 Komise uvádí, že přezkum deseti transakcí uplatněných Spolkovou republikou Německo, které jsou uvedeny v bodě 164 odůvodnění napadeného rozhodnutí, vykazuje rozpětí úhrady za zajištění od 0,75 až 1,6 % ročně (body 162, 163, 165 až 167 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

194 Komise dále zkoumá různé zvláštnosti sporného vkladu, které mohou mít vliv na výši úhrady. V tomto ohledu se domnívá, že není třeba použít ani zvýšení z důvodu objemu transakce ani snížení z důvodu ratingového hodnocení banky Helaba. Má nicméně za to, že z důvodu omezené vyrovnávací rezervy základního kapitálu je třeba přijmout, že by soukromý investor nesouhlasil se základní úhradou za zajištění nacházející se na spodní hranici tržního rozpětí (body 168,169, 171 a 172 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

195 Komise z toho vyvozuje závěr, že jelikož se zátěž nesená bankou Helaba z důvodu sporného vkladu nacházela v prostřední, ba dokonce horní části tržního rozpětí, není možné dospět k závěru, že existuje výhoda pro banku Helaba, a tedy ani státní podpora (bod 172 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

Argumenty účastníků řízení

196 Zaprvé žalobce připomíná, že sporný vklad by měl být z důvodu svého rizikového profilu připodobněn k investici do základního kapitálu, a nikoliv ke vkladu tichého společníka na dobu určitou, a uvádí, že v důsledku toho je výpočet Komise, který se opírá o tržní rozpětí zjištěné na základě úhrad za zajištění, jež jsou stanoveny pro vklady tichého společníka na dobu určitou, nesprávný. Krom toho Komise tím, že nesprávně připodobnila sporný vklad ke vkladům tichého společníka, nezohlednila skutečnost, že krom přirážky, která musí být použita pro zohlednění trvalé povahy sporného vkladu, jsou nezbytná další zvýšení, aby se zohlednila finanční situace Helaba, chybějící publicita a nižší náklady transakce.

197 Zadruhé žalobce kritizuje způsob, jakým Komise vypočetla základní úhradu za zajištění.

198 Uvádí, že Komise neposoudila výši základní úhrady za zajištění s přihlédnutím k situaci a prostředí na trhu, jaké bylo na konci roku 1998, ale s přihlédnutím k pozdějším transakcím.

199 Dále uvádí, že z důvodu rozdílů mezi sporným vkladem a referenčními transakcemi se měla úhrada za sporný vklad nacházet nad tržním rozpětím pro základní úhradu za zajištění zjištěnou na základě referenčních transakcí. Má za to, že Komise nejenže neposoudila správně rozdíly mezi sporným vkladem a referenčními transakcemi, které zkoumala, ale ani nepřezkoumala další významné rozdíly.

200 Pokud jde o rozdíly, které Komise zkoumala, a sice objem sporného vkladu, velikost vyrovnávací rezervy základního kapitálu a ratingové hodnocení Helaba, žalobce

uvádí, že všechny tyto skutečnosti měly vést ke zvýšení základní úhrady za zajištění oproti referenčním transakcím. Pokud jde o rozdíly mezi sporným vkladem a referenčními transakcemi, které Komise nepřezkoumala a které by měly vést ke zvýšení základní úhrady za zajištění, žalobce uvádí jednak skutečnost, že celý sporný vklad byl upsán jediným investorem a jednak skutečnost, že sporný vklad není zastupitelný, takže Spolková země nemohla stáhnout svou investici z banky Helaba.

201 Konečně žalobce uvádí, že vklad Dresdner Bank ve výši jedné miliardy USD, uvedený v napadeném rozhodnutí mezi referenčními transakcemi, prokazuje, že úhrada za sporný vklad se měla nacházet nad referenčním tržním rozpětím, protože tento vklad, přes svůj, dle žalobce, nižší rizikový profil, byl hrazen vyšší sazbou, než je sazba sporného vkladu.

202 Komise a vedlejší účastnice řízení tyto argumenty zpochybňují.

Závěry Tribunálu

203 Zaprvé, pokud jde o argument žalobce, podle kterého je rozpětí použité Komisí nesprávné, protože se zakládá na transakcích, které nejsou srovnatelné se sporným vkladem, stačí konstatovat, že z přezkumu otázky kvalifikace sporného vkladu vyplývá, že se Komise nedopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla za to, že tento vklad je podobnější vkladům tichého společníka než základnímu kapitálu (viz bod 181 výše).

204 Zadruhé, pokud jde o přezkum uskutečněný Komisí ohledně toho, zda je základní úhrada za sporný vklad běžná na trhu, je třeba nejprve odmítnout argument žalobce,

podle kterého Komise nevyšla z tržního prostředí v okamžiku vložení sporného vkladu. Je totiž třeba konstatovat, že i bez zohlednění pěti operací z roku 1999, na které odkazuje Komise, vyplývá z přezkumu zbývajících transakcí, že tržní rozpětí definované Komisí, a sice 75 až 160 basických bodů, se nemění, protože transakce vyznačující horní (vklad Bayerische Hypo- und Vereinsbank ve výši 1,2 miliardy DEM) a dolní hranice (druhá tranše vkladu 700 milionů USD emitovaná Deutsche Bank) uvedeného rozpětí jsou obě transakcemi z roku 1998. Pokud jde o tvrzení žalobce, podle kterého však tyto vklady nejsou srovnatelné se sporným vkladem, protože byly na dobu určitou, je třeba připomenout, že tato vlastnost nemůže zabránit jakémukoliv srovnání.

205 Je třeba dále přezkoumat každou z osmi skutečností, o kterých má žalobce za to, že mohou vést ke zvýšení tržního rozpětí pro základní úhradu za zajištění a které údajně Komise buď nesprávně posoudila, anebo nepřezkoumala.

206 Pokud jde zaprvé o finanční situaci banky Helaba, žalobce uvádí, že příjmy Helaba v roce 1998 byly s ohledem na výši úhrady, která měla být placena Spolkovou zemí, relativně nízké, takže existovalo nebezpečí, že příjmy nebudou stačit k zaplacení dohodnuté úhrady. Doplňuje, že další finanční ukazatele Helaba (výnosy z vlastních zdrojů, distribuce zisků, kvóta základních vlastních zdrojů) byly mezi rokem 1984 a 1994 trvale nižší než ukazatele soukromých bank.

207 V tomto ohledu je třeba konstatovat, že svým argumentem vycházejícím z toho, že zisky banky Helaba byly údajně ve vztahu k výši úhrady nízké, opakuje žalobce argument týkající se rizika ztráty úhrady, který byl uveden v bodě 161 výše. Přitom, jak bylo stanoveno v bodě bod 163 výše, srovnání žalobce mezi úhradou, kterou měla Helaba platit od roku 2003, a jejími zisky v roce 1998, neumožňuje prokázat, že existuje zvláštní riziko ztráty úhrady. Pokud jde o argument, podle kterého byly další

výsledky banky Helaba nižší než výsledky velkých soukromých bank, stačí uvést, že ačkoliv byl sporný vklad vyjednán a vložen do banky Helaba na konci roku 1998, odkazuje žalobce na údaje týkající se období od roku 1984 až do roku 1994. Za těchto okolností je třeba konstatovat, že argumenty žalobce neumožňují domnívat se, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že neměla za to, že z důvodu finanční situace Helaba měla být úhrada vyšší než dohodnutá úhrada.

208 Pokud jde zadruhé o do velké míry neexistující publicitu, vyplývající ze skutečnosti, že Helaba získala sporný vklad od jediného investora, žalobce uvádí, že škodlivým účinkům, které s sebou publicita nese v případě těžkostí nebo změn týkajících se vkladu, je možné se v projednávaném případě vyhnout nebo je přinejmenším kontrolovat. Tvrdí, že soukromý investor by požadoval zvýšení základní úhrady za zajištění, aby se tato výhoda vyrovnala.

209 Je třeba konstatovat, že toto stručné tvrzení žalobce nemůže stačit k prokázání, že uvedená okolnost vede na trhu skutečně ke zvýšení základní úhrady za zajištění, a že se v důsledku toho Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že v projednávaném případě takové zvýšení nezohlednila. Dále, ačkoliv zejména z odkazů účastníků řízení na vklad tichého společníka upsaný pojišťovnou vyplývá, že soukromí investoři mohou rovněž upsat celý vklad tichého společníka, žalobce neuvádí skutečnosti, které by umožnily mít za to, že takové zvýšení se na trhu skutečně požaduje.

210 Dále, jak žalobce sám uznává, skutečnost, že sporný vklad pochází od jediného investora, neumožňuje bance Helaba vyhnout se jakékoliv publicitě. Helaba totiž nemůže zabránit Spolkové zemi, aby způsobila případné obtíže nebo provedla změny vkladu, a to tím spíše, že tyto otázky mohou být veřejně diskutovány v rámci Hessischer Landtag (parlament Spolkové země) stejným způsobem, jako bylo diskutováno původní upsání sporného vkladu.

211 Pokud jde zatřetí o tvrzení, že Helaba měla nízké transakční náklady, žalobce uvádí, že z důvodu toho, že Helaba získala vklad od jediného investora, ušetřila značné náklady vyplývající z vyhlášení emise, jakož i jejího řízení a provádění. Tvrdí, že soukromý investor by rovněž požadoval zvýšení základní úhrady za zajištění k vyrovnání této výhody.

212 Je třeba konstatovat, že toto nepodepřené tvrzení žalobce neprokazuje, že uvedená okolnost by na trhu znamenala zvýšení základní úhrady za zajištění. Krom toho Spolková země poznamenává, že rovněž ušetřila značné náklady tím, že namísto rozdělení sporného vkladu mezi různé banky vložila celý zvláštní fond do banky Helaba, a že v důsledku toho není zvýšení odůvodněné. Za těchto okolností neumožňuje ani tento argument mít za to, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že nezohlednila zvýšení úhrady z tohoto důvodu.

213 Pokud jde začtvrté o objem transakce, žalobce kritizuje posouzení Komise, podle kterého skutečnost, že je objem sporného vkladu značně vyšší než objem vkladů použitých pro srovnání, nemůže vést ke zvýšení, protože sporný vklad se díky stupňovitému modelu rovná pěti postupným vkladům o menší velikosti. Doplňuje, že Komise protiřečí argumentaci, kterou rozvinula v soudním řízení, v němž byl vydán rozsudek WestLB, bod 7 výše, kdy tvrdila, že investor činný v tržním hospodářství „konfrontovaný s částkami neobvykle vysokými v praxi [by] požadoval zvýšení výnosu".

214 Žalobce v tomto ohledu opakuje argumenty, které vznesl proti odsouhlasení stupňovitého modelu. Přitom z bodu 131 výše vyplývá, že se Komise nedopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla za to, že sporný vklad může být srovnán, pokud jde o výpočet přiměřené úhrady za rozšíření obchodních činností, s řadou pěti vkladů tichého společníka o menší velikosti.

215 V každém případě je třeba konstatovat, že i bez zohlednění stupňovitého modelu, nevyplývá z přezkumu transakcí zohledněných Komisí v bodě 164 odůvodnění napadeného rozhodnutí, že značný objem nezbytně vede ke zvýšení úhrady za zajištění. Pro vklad SGZ-Bank (říjen 1998) ve výši pouze 50 milionů DEM (přibližně 25 milionů eur) tak byla stanovena úhrada za zajištění 1,20 %, zatímco Deutsche Bank zaplatila za tranše vkladu ve výši 700 milionů USD (leden 1998) pouze úhradu za zajištění ve výši 0,75 % a 0,8 %.

216 Pokud jde o argument vznesený Komisí v průběhu soudního řízení, ve kterém byl vydán rozsudek WestLB, bod 7 výše, stačí připomenout, že rozhodnutí dotčené v této věci bylo Tribunálem zrušeno a že v rozhodnutí WestLB z roku 2004 již Komise neukládala zvýšení z důvodu značného objemu transakce, jehož opodstatněnost se snažila prokázat.

217 Za těchto okolností je třeba mít za to, že žalobce neprokazuje, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že se nedomnívala, že z důvodu absolutního objemu sporného vkladu by měla být úhrada vyšší než dohodnutá úhrada.

218 Pokud jde zapáté o vyrovnávací rezervu základního kapitálu, žalobce se domnívá, že i když Komise měla v bodě 169 odůvodnění napadeného rozhodnutí za to, že velikost sporného vkladu v porovnání se základním kapitálem vyžadovala, aby se úhrada za tento vklad nacházela v horní části tržního rozpětí pro základní úhradu za zajištění, měla zohlednit rovněž skutečnost, že celý vklad byl považován za základní vlastní zdroje nad mez 15 % hybridních nástrojů vlastního kapitálu stanovenou Prohlášením ze Sydney, a to na úrovni banky Helaba, a nikoliv skupiny, ke které náleží.

219 Je třeba konstatovat, že v rozsahu, v němž bylo z důvodu jeho trvalého charakteru umožněno uznání celého vkladu jako základních vlastních zdrojů banky Helaba, není důvod mít za to, že okolnost uvedená žalobcem předpokládá úhradu lišící se od

úhrady, která vyplývá z neurčité doby vkladu. Pokud jde o skutečnost, že sporný vklad byl uznán jako základní vlastní zdroje na úrovni banky Helaba, a nikoliv skupiny, ke které náleží, je třeba připomenout, že žalobce se omezuje na tvrzení, že toto uznání umožňuje Helaba větší flexibilitu při užívání zdrojů. S ohledem na široký prostor pro uvážení, jímž Komise disponuje při určení úhrady běžné na trhu, je třeba konstatovat, že toto tvrzení nemůže nijak prokázat existenci zjevně nesprávného posouzení ze strany Komise.

220 V důsledku toho je třeba mít za to, že argumenty žalobce neumožňují domnívat se, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že neměla za to, že z důvodu nízké vyrovnávací rezervy základního kapitálu měla být úhrada vyšší než dohodnutá úhrada.

221 Pokud jde zašesté o dlouhodobé ratingové hodnocení banky Helaba, žalobce kritizuje posouzení Komise uvedené v bodě 171 odůvodnění napadeného rozhodnutí, podle kterého by soukromý investor u banky Helaba vycházel z přibližně podobného rizika ztráty jako u investice do některé z velkých soukromých bank uvedených v tomto rozhodnutí. V tomto ohledu tvrdí, že je nemyslitelné, aby bylo – pokud odhlédneme od státních záruk – uvedené ratingové hodnocení a ratingové hodnocení velkých soukromých bank uvedených v napadeném rozhodnutí srovnatelné, a v důsledku toho mohly být referenční transakce použity pro účely srovnání bez jakéhokoliv přizpůsobení. Dále tvrdí, že Komise v tomto ohledu neodůvodnila své posouzení.

222 Je třeba uvést, že na podporu svého tvrzení, podle kterého je nemyslitelné, aby bylo bez státních záruk dlouhodobé ratingové hodnocení banky Helaba a ratingové hodnocení velkých soukromých bank uvedených v napadeném rozhodnutí srovnatelné, se žalobce omezuje na tvrzení, že pokud by byli ukazatelé Helaba srovnáváni s ukazateli velkých soukromých bank, „pravděpodobně“ by získala méně příznivé ratingové hodnocení.

223 Krom toho žalobce nezpochybňuje tvrzení Spolkové republiky Německo, na které Komise odkazuje v napadeném rozhodnutí (bod 171 odůvodnění), podle kterého přinejmenším do roku 2001 neexistovala žádná metoda pro stanovení dlouhodobého ratingového hodnocení zemských bank, bez ohledu na povinnost zachování činnosti a zajištění, která příslušela orgánům veřejné moci. V replice žalobce uvádí, že pokud se nezohlední uvedené státní záruky, bylo ratingové hodnocení banky Helaba v letech 1998 a 1999 nižší než hodnocení velkých soukromých bank, a uplatňuje v tomto ohledu vnitřní rating a hodnocení finanční solidnosti banky Helaba tím, že je srovnává s ratingovými hodnoceními uvedených soukromých bank během těchto let. Přitom, jelikož z dokumentu poskytnutého na podporu tohoto tvrzení vyplývá, že vnitřní rating a hodnocení finanční solidnosti jsou dvě hodnocení lišící se od dlouhodobého ratingového hodnocení, pouhý odkaz na tato nižší hodnocení banky Helaba nestačí, když neexistují další upřesnění k prokázání toho, že toto dlouhodobé ratingové hodnocení by bylo nezbytně rovněž nižší než ratingové hodnocení velkých soukromých bank, pokud by se určilo bez zohlednění státních záruk, ani že na konci roku 1998 existoval způsob, jak stanovit takové ratingové hodnocení pro banku Helaba.

224 Za těchto okolností je třeba mít za to, že žalobce neprokazuje, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že předpokládala, že když na konci roku 1998 neexistovala vhodná metoda ke stanovení dlouhodobého ratingového hodnocení zemských bank nezohledňující státní záruky, soukromý investor by se domníval, že riziko ztráty spojené s investicí v bance Helaba je srovnatelné s rizikem investice do jedné z velkých soukromých bank zmíněných v uvedeném rozhodnutí.

225 Napadené rozhodnutí je dále v tomto ohledu dostatečně odůvodněné. Je třeba uvést, že posouzení Komise kritizované žalobcem nesměřovalo k popření relevance případného zvýšení úhrady, ale vztahovalo se ke snížení požadovanému Spolkovou republikou Německo z důvodu údajně nízkého rizika investice do banky Helaba vyplývajícího ze státních záruk. Tato okolnost vysvětluje, proč se Komise omezuje na uvedení důvodů, pro které nemusel být výpočet úhrady založen na dlouhodobém ratingovém hodnocení, které měla Helaba na konci roku 1998, a nesoustředí se na přesné ratingové hodnocení, které by měla bez státních záruk.

226 Pokud jde zasedmé o skutečnost, že celý vklad byl upsán jediným investorem, žalobce uvádí, že v referenčních transakcích byly vklady tichého společníka upsané řadou investorů, který každý obecně investoval mezi 5 a 10 miliony eur nebo pouze výjimečně až do 100 milionů eur. Tvrdí, že zatímco Spolková země nabyla 40 % základních vlastních zdrojů Helaba, v porovnávaných transakcích představoval podíl soukromých investorů na základních vlastních zdrojích dotyčných bank méně než 1 %.

227 Žalobce zpochybňuje tvrzení Komise obsažené v její žalobní odpovědi, podle kterého je odlišení podle podílů každého investora na emisi neopodstatněné s ohledem na tržní praktiky platné na konci roku 1998. V tomto ohledu uvádí, že toto tvrzení je v rozporu s judikaturou Tribunálu, který měl ve svém rozsudku WestLB, bod 7 výše (bod 255) za to, že soukromý investor si „přeje maximalizovat své zisky, aniž by nesl přílišné riziko oproti jiným účastníkům na trhu". Tvrdí, že oproti jiným účastníkům na trhu nese investor značně vyšší rizika, když investuje jako jediný investor v rámci emise – zejména pokud je celkový objem této emise značný – než když upisuje, jak je tomu v případě transakcí německých soukromých bank uvedených Komisí pro srovnání, spolu s ostatními účastníky na trhu značně nižší tranši emise, jejíž objem je navíc nižší.

228 Doplňuje, že sporný vklad značně zvyšuje rizikový profil portfolia Spolkové země z důvodu koncentrace jejích rizik u jediného dlužníka. Poznamenává v tomto ohledu, že diverzifikace rizik má obecnou hodnotu ve správě rizik podnikem a že obezřetností normy týkající se „velkých rizik" vycházejí ze zásady, že je koncentrace rizik u jediného dlužníka obzvláště nebezpečná.

229 V tomto ohledu je třeba poznamenat, že i když upsání celého vkladu, který představuje 40 % vlastních zdrojů emitující banky, s sebou nese pro investora vyšší riziko než upsání části představující méně než 1 % těchto zdrojů, je zvýšení úhrady odůvodněné

jen tehdy, když tato okolnost představuje pro emitující banku výhodu, za kterou je ochotna zaplatit, nebo když tato banka potřebuje zdroje nabízené investorem, které nemůže získat od jiných osob. Naopak, pokud zvýšení rizika pro investora vyplývá z rozhodnutí, které přijal z vlastních důvodů, aniž by byl ovlivněn přáními nebo potřebami banky, odmítne tato zaplatit zvýšení úhrady a získá zdroje od jiných investorů (viz v tomto smyslu rozsudek WestLB, bod 7 výše, bod 320).

230 V projednávaném případě zvýšení rizika, kterému je Spolková země vystavena z důvodu skutečnosti, že vlastní značnou část vlastních zdrojů Helaba, vyplývá z jejího rozhodnutí nerozdělit zvláštní fond z důvodu nevýhod, které by z toho vyplývaly, a nikoliv ze zájmu banky Helaba, která, jak bylo zjištěno (viz body 39 až 42 výše), neměla naléhavou potřebu značně zvýšit své zdroje, jež by jí mohla podnítit ke zvýšení úhrady.

231 Kromě toho není důvodné mít za to, že Helaba nemohla na trhu získat, případně od vícero investorů, zdroje ve výši sporného vkladu, s ohledem na stupňovitý model za podmínek umožňujících rovněž jejich uznání za základní vlastní zdroje a za základní úhradu za zajištění rovnající se sazbě dohodnuté mezi Spolkovou zemí a bankou Helaba.

232 V důsledku toho, i když velikost podílu Spolkové země na základních vlastních zdrojích Helaba pro ni nese zvýšení rizika, kterému je vystavena, není zjevné, že tato okolnost zakládá výhodu, pro kterou by měla Helaba platit zvýšení. Za těchto okolností je třeba mít za to, že se Komise nedopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že neměla za to, že úhrada měla být vyšší než dohodnutá úhrada, protože sporný vklad byl upsán jediným investorem.

233 Pokud jde zaosmé o nezastupitelnost sporného vkladu nebo jeho sníženou zastupitelnost, žalobce uvádí, že tato okolnost odlišuje sporný vklad od transakcí použitých Komisí pro srovnání v rozsahu, v němž zakazuje Spolkové zemi stáhnout investici.

234 V tomto ohledu je třeba uvést, tak jako v bodě 229 výše, že skutečnost, že jeden z aspektů transakce znamená pro investora zvýšení rizika, kterému je vystaven, odůvodňuje zvýšení úhrady pouze tehdy, pokud tento aspekt představuje pro banku výhodu nebo pokud banka nemůže odmítnout nabízené zdroje.

235 V projednávaném případě přitom nezastupitelnost sporného vkladu nebo jeho snížená zastupitelnost neznamená pro banku Helaba výhodu.

236 Ze spisu totiž vyplývá, že vklady tichého společníka emitované na trhu jsou emitovány prostřednictvím společnosti, která upisuje vklad jako tichý společník a pořizuje na trhu nezbytný kapitál. Investoři tak přímo neupisují vklad tichého společníka u emitující banky, ale u zprostředkovatelské společnosti. Ta naproti tomu může jako tichý společník převést svá práva ke spornému vkladu pouze se souhlasem emitující banky.

237 V projednávaném případě se Spolková země, která již disponovala investičním kapitálem, účastní na transakci jakožto tichý společník namísto zprostředkovatelské společnosti. Z toho pro Helaba vyplývá, že transakce probíhá jako v případě vkladů emitovaných na trhu a nemá žádnou dodatečnou výhodu z toho, že sporný vklad není kotován na burze, protože jediné vlastnosti, které jsou pro ni relevantní, jsou ty, které umožňují, aby byl vklad považován za základní vlastní zdroje nad mez 15 % těchto zdrojů stanovenou Prohlášením ze Sydney pro hybridní nástroje vlastního kapitálu, a sice neurčitá doba, neexistence práva tichého společníka vypovědět vklad a neexistence doložky step-up. Je třeba v tomto ohledu uvést, že žalobce, když byl Tribunálem na jednání dotazován ohledně výhod, které pro Helaba vyplývaly ze skutečnosti, že

sporný vklad nebyl kotován na burze, nebyl schopen říct, zda tato okolnost skutečně nesla pro Helaba výhodu.

Závěr ohledně srovnání základní úhrady se základní úhradou za zajištění vyžadovanou na trhu

238 Ze všeho výše uvedeného vyplývá, že v okolnostech projednávaného případu mohla mít Komise za to, aniž by se dopustila zjevně nesprávného posouzení, že soukromému investorovi nacházejícímu se v situaci srovnatelné se situací Spolkové země by se nepodařilo získat od banky Helaba vyšší základní úhradu za zajištění než ta, jenž byla dohodnuta mezi stranami, protože skutečnosti zvyšující riziko Spolkové země vyplývají z povahy jejího zvláštního fondu, jakož i z její volby a nenesou s sebou pro banku Helaba výhodu oproti výhodě, kterou by mohla získat na trhu. Za těchto okolností se Komise nedopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla za to, že celková zátěž ve výši 1,43 % vyplývající pro banku Helaba ze základní úhrady za sporný vklad, jí neposkytuje s ohledem na vliv živnostenské daně výhodu, kterou by nemohla získat za tržních podmínek.

c) Ke srovnání přirážky za trvalost se zvýšením úhrady za zajištění vyžadovaným na trhu

Napadené rozhodnutí

239 V napadeném rozhodnutí Komise konstatovala, že se sporný vklad liší od většiny transakcí uplatněných Spolkovou republikou Německo v tom, že představuje „perpetuál“, a měla za to, že tato okolnost vyžaduje zvýšení úhrady, protože pro Spolkovou zemi znamená zvýšené riziko, že nebude moci reagovat na kolísání úrokové sazby, a pro banku Helaba, zvýšenou hospodářskou hodnotu, protože jí umožňuje překročit

horní hranici 15 % stanovenou Prohlášením ze Sydney (body 173 a 174 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

240 Komise uvádí, že za účelem určení, zda sazba 0,23 %, která odpovídá přirážce za trvalost dohodnuté mezi stranami a je zvýšena o část odpovídající živnostenské dani, je běžná na trhu, se nemůže nebo může pouze omezeně opírat o údaje o trhu z doby transakce, protože strany určitým způsobem jednaly jako průkopníci na trhu. Tvrdí nicméně, že není možné zakázat veřejnému investorovi nebo veřejné bance, aby jednali jako průkopníci na trhu, a tedy je třeba zkoumat pouze to, zda stanovení přirážky za trvalost nebylo z hospodářského hlediska zjevně stiženo nesprávným posouzením, to znamená, zda se případně nezakládalo na nesprávných kritériích posouzení (body 176 a 177 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

241 Tvrdí, že s ohledem na málo dostupné údaje týkající se roku vložení sporného vkladu a let, která ho bezprostředně následovala, je výpočet navržený Spolkovou republikou Německo, vyplývající ze srovnání mezi úhradou za „perpetuál" Deutsche Bank a vkladem tichého společníka Dresdner Bank, který vede ke zvýšení o přibližně 0,29 %, přijatelný. Dospěla k závěru, že není důvod domnívat se, že by se relevantní srovnatelná sazba ve výši 0,23 % za rok, která je rozhodující pro přirážku za trvalost, nacházela pod tržním rozpětím, a že by v důsledku toho byla Helada zvýhodněná, to znamená, měla prospěch ze státní podpory (body 182 a 183 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

Argumenty účastníků řízení

242 Žalobce uvádí, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla za to, že nebylo třeba změnit referenční rozpětí vypočtené na základě vkladů tichého společníka na dobu určitou, aby se zohlednila neurčitá doba sporného vkladu.

243 Zaprvé žalobce uvádí, že se Komise dopustila omylu tím, že měla za to, že Spolková země a Helaba jednaly jako průkopníci, a v důsledku toho jim musel být přiznán větší prostor pro uvážení. V tomto ohledu tvrdí, že Helaba a Spolková země nejednaly jako průkopnící, protože žádná další transakce s vlastnostmi sporného vkladu nebyla následně realizována a především protože z diskusí v rámci Hessischer Landtag, k nimž došlo před uskutečněním sporného vkladu, vyplývá, že strany se snažily věrně kopírovat transakce uskutečněné mezi jinými spolkovými zeměmi a jinými Landesbanken, kde byla úhrada považována Komisí za úhradu obsahující prvky státní podpory.

244 Zadruhé žalobce uvádí, že Komise nemohla pro svůj přezkum zohlednit „perpetuály" z května 1999 až prosince 2003. Tvrdí v tomto ohledu, že když nejsou dostupné žádné tržní údaje, Komise nemůže předpokládat, že okolnosti, které by soukromý investor zohlednil v období od května do července 1999 nebo v prosinci 2003, již jako takové existovaly na konci roku 1998, protože skutečný vývoj na evropském kapitálovém trhu prokazuje opak. Domnívá se v důsledku toho, že přenesení bez jakéhokoliv odůvodnění konkurenční situace z roku 1999 na rok 1998 představuje závažné pochybení.

245 Zatřetí tvrdí, že v každém případě čtyři transakce – tři uskutečněné Deutsche Bank a jedna Dresdner Bank – které byly Komisí použity jako referenční pro výpočet přirážky za trvalost, nejsou srovnatelné se sporným vkladem, pokud jde o celkový objem a objem investovaný investorem, podíl základních vlastních zdrojů emitujících bank, který představují různé vklady, jejich uznání jako základní vlastní zdroje banky nebo skupiny, jakož i možnost stáhnout investici.

246 Začtvrté uvádí, že v rozporu s tvrzením Komise není možné vyšší zvýšení použité na úhradu za „perpetuál" Deutsche Bank v porovnání s vkladem tichého společníka Dresdner Bank odůvodnit výhodnějším ratingovým hodnocením „perpetuálu". V odpovědi na otázku Tribunálu na jednání žalobce vysvětlil, že tímto argumentem zamýšlel

uvést, že méně výhodné ratingové hodnocení „perpetuálu“ Deutsche Bank v porovnání s hodnocením vkladu tichého společníka na dobu určitou Dresdner Bank, neumožňovalo mít za to, že tržní přirážka za trvalost je nižší než sazba 0,29 % vypočtená srovnáním těchto tří transakcí, protože ratingová hodnocení jsou ovlivňována velkým počtem faktorů.

247 Komise a vedlejší účastnice řízení zpochybňují tyto argumenty.

Závěry Tribunálu

248 Pokud jde zaprvé o argument žalobce, podle kterého Spolková země a Helaba nejednaly jako průkopníci, protože se snažily pouze napodobit dřívější transakce Landesbanken, je třeba zaprvé konstatovat, jak zdůrazňuje Helaba, že tento argument není podpořen přepisem ze zasedání hospodářské komise Hessischer Landtag ze dne 2. prosince 1998, o který se žalobce opírá. Z tohoto dokumentu sice vyplývá, že uvedené transakce byly zohledněny, avšak vyplývá z něj i to, že Spolková země a Helaba také zohlednily skutečnost, že Komise zahájila s ohledem na tyto transakce řízení a že se vedly diskuse o dohodnutí podmínek sporného vkladu. Zadruhé, pokud jde o argument, podle kterého nebyla následně uskutečněna žádná transakce srovnatelná se sporným vkladem, stačí odkázat na dřívější analýzu týkající se kvalifikace sporného vkladu, jakož i zohlednění jeho rozdílů pro účely stanovení úhrady běžné na trhu.

249 Pokud jde zadruhé o argument žalobce, podle kterého Komise nemohla zohlednit „perpetuály“ z května 1999 až prosince 2003, je třeba poznamenat, že Komise nemohla bránit přirážce za trvalost domluvené mezi Spolkovou zemí a bankou Helaba aniž by disponovala minimálními údaji, o které mohla opřít svůj závěr, že tato přirážka byla nižší než přirážka stanovená na trhu. Aby nalezla tyto údaje, a omezila

tak rozhodovací prostor stran sporného vkladu, přezkoumala Komise následný vývoj na trhu. Za těchto okolností kritika žalobce, která má zabránit Komisi použít údaje týkající se období následujícího po vložení sporného vkladu, nemůže prokázat, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla za to, že nebyl důvod domnívat se, že přirážka za trvalost dohodnutá mezi Spolkovou zemí a Helaba nebyla běžná na trhu.

250 V každém případě je třeba konstatovat, že argument žalobce, podle kterého se v roce 1999 velmi významně zvýšil objem trhu hybridních nástrojů vlastního kapitálu, nestačí k prokázání, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla za to, že se mohla opřít o transakce uskutečněné po sporném vkladu, protože neexistoval důvod předpokládat, že se zvýšení úhrady za trvalost vkladu tichého společníka během doby silně mění (body 177 a 178 odůvodnění napadeného rozhodnutí). Pouhá skutečnost, že se v roce 1999 velmi významně zvýšil objem trhu hybridních nástrojů vlastního kapitálu, neznamená, že na rozdíl od tvrzení Komise v napadeném rozhodnutí byla v průběhu tohoto roku přirážka za trvalost nižší, takže používání údajů týkajících se tohoto období Komisí by mohlo zkreslit její závěr. Navíc žalobce nevysvětluje, v čem mělo mít zvýšení objemu trhu vliv na sazbu přirážky za trvalost. Žalobce krom toho nevznáší argumenty umožňující mít za to, že Spolková země a Helaba nemohly v prosinci 1998 platně vypočíst přirážku, která byla následně stanovena dalšími bankami.

251 Pokud jde zatřetí o výtku, podle které není sporný vklad srovnatelný se čtyřmi vklady uvedenými Komisí, žalobce uplatňuje argumenty již několikrát vznesené na podporu jeho tvrzení, podle kterého měl sporný vklad rizikový profil, který bránil jeho srovnání s jinými vklady tichého společníka, argumenty, které Tribunál odmítl.

252 Žalobce rovněž tvrdí, že skutečnost, že vklady použité Komisí pro srovnání jsou kotované na burze, znamená, že nejsou z pohledu investora vklady na dobu neurčitou,

a v důsledku toho zvýšení rizika ztráty kapitálu v porovnání s finančním nástrojem na dobu určitou je, pokud vůbec existuje, zanedbatelné. V případě sporného vkladu naopak nemohla Spolková země stáhnout investici, a v důsledku toho měla být přirážka za trvalost vyšší než v případě vkladů tichého společníka kotovaných na burze.

253 Je třeba však v tomto ohledu uvést, že rozdíl ve stupni zastupitelnosti mezi vklady použitými Komisí pro srovnání a sporným vkladem a v důsledku toho rozdíl v možnosti stáhnout investici je jen důsledkem skutečnosti, že Spolková země na rozdíl od investorů do vkladů tichého společníka kotovaných na burze neinvestovala likvidní, a tedy zastupitelné prostředky, ale zvláštní fond, který si nepřála prodat a který chtěla vrátit jen v naturáliích. Krom toho nemožnost Spolkové země stáhnout investici, nebo velmi omezená možnost tak učinit nepřináší bance Helaba dodatečnou výhodu, kterou by proto měla odměňovat.

254 Proto je třeba konstatovat, že v projednávaném případě je v rámci jednání za normálních tržních podmínek nemožné, aby soukromý investor nacházející se ve stejné situaci jako Spolková země odhlédl od toho, že nemožnost stáhnout investici nebo omezená povaha této možnosti byla důsledkem její volby týkající se správy zvláštního fondu, a nikoliv potřeb banky Helaba. Takový investor by tedy musel zohlednit hledisko banky Helaba a skutečnost, že tato nebyla ochotná zaplatit vyšší úhradu za nevýhodu, jež pro Spolkovou zemi vyplývala z její vlastní volby a nepřinášela bance Helaba dodatečnou výhodu.

255 Pokud jde začtvrté o argument žalobce, podle kterého ratingové hodnocení „perpetuálu“ Deutsche Bank v porovnání s vkladem tichého společníka na dobu určitou Dresdner Bank neumožňuje snížit přirážku za trvalost vypočtenou srovnáním těchto transakcí, je třeba konstatovat, že Komise nepovažovala výpočet navržený Spolkovou republikou Německo v tomto ohledu za přesný a omezila se na tvrzení, že byl přijatelný. Krom toho by argument žalobce Komisi v projednávaném případě zabránil v provedení jakéhokoliv srovnání s trhem, protože – jak připustil na jednání – úhrada

za každou transakci uskutečněnou na trhu závisí na řadě faktorů, jejichž vliv na konečnou úhradu je těžké přesně vyčíslit.

256 V každém případě je třeba poznamenat, že jelikož se závěr Komise ohledně přirážky za trvalost dohodnuté v projednávaném případě nezakládá pouze na tomto výpočtu, nemůže tento argument, i kdyby byl opodstatněný, prokázat, že je uvedený závěr stižen zjevným pochybením. Jak totiž bylo uvedeno v bodech 240 a 241 výše, Komise zohlednila zejména skutečnost, že Spolková země a Helaba jednaly jako průkopníci na trhu, a podpůrně skutečnost, že srovnání úhrady za „perpetuály" uvedené Spolkovou republikou Německo neumožňovalo dospět k závěru, že rozpětí úhrady za „perpetuály" je vyšší než v případě vkladů tichého společníka na dobu určitou.

257 S ohledem na vše výše uvedené je třeba mít za to, že žalobce neprokázal, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že se domnívala, že jí nic neumožňuje dospět k závěru, že se relevantní srovnatelná sazba 0,23 % za rok pro přirážku na základě trvalosti nacházela pod tržním rozpětím, a v důsledku toho byla Helaba zvýhodněná a měla prospěch ze státní podpory.

Závěr o přezkumu úhrady za zajištění jako běžné na trhu

258 Z výše uvedeného vyplývá, že se Komise nedopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla za to, že zátěž nesená bankou Helaba z důvodu sporného vkladu je v souladu s úhradou za zajištění dohodnutou na trhu pro srovnatelné transakce a v důsledku toho nepřiznává bance Helaba výhodu, kterou by nemohla získat za tržních podmínek.

5. *Ke skutečnosti, že Komise odečetla z odměny náklady na refinancování, které vyplývají pro banku Helaba z neexistence likvidity sporného vkladu*

a) Napadené rozhodnutí

259 Komise uvádí, že vzhledem k tomu, že sporný vklad nepřinesl Helaba, likviditu, tato nesla dodatečná náklady na refinancování v porovnání s těmi, které musí nést banka, jež získala likvidní vklad, protože ještě musela získat na trhu tyto likvidní prostředky, aby mohla rozšířit své činnosti stejným způsobem (bod 184 odůvodnění napadeného rozhodnutí). V důsledku toho má za to, že Helaba musela hradit pouze riziko, kterému Spolková země vystavila svůj fond, to znamená, že musela Spolkové zemi platit pouze úhradu za zajištění překračující sazbu refinancování použitelnou na mezibankovním trhu (body 162 a 187 odůvodnění napadeného rozhodnutí).

260 V tomto ohledu odmítá argument žalobce, podle kterého musely být z úhrady odečteny pouze náklady na refinancování po zdanění, a uvádí, že na rozdíl od věci WestLB uplatněné žalobcem sporný vklad nepřináší bance Helaba dodatečné snížení zdanění oproti tomu, které by přinesl likvidní vklad, který by odůvodnil menší snížení (body 185 a 186 napadeného rozhodnutí).

b) Argumenty účastníků řízení

261 Žalobce uvádí, že napadené rozhodnutí je jednak stiženo nedostatkem odůvodnění, a jednak je v rozporu s kritériem soukromého investora.

262 Pokud jde o nedostatek odůvodnění, tvrdí, že celkové odečtení nákladů na refinancování je zcela v rozporu se stanoviskem, které Komise přijala v rozhodnutí o zahájení formálního vyšetřovacího řízení, jakož i s judikaturou Tribunálu, a tvrdí, že za těchto okolností měla Komise odůvodnit své rozhodnutí s obzvláštní péčí. Uvádí, že napadené rozhodnutí neumožňuje pochopit, jaká jsou kritéria, o která se Komise opřela, když dospěla k závěru, že Helaba skutečně nesla dodatečné náklady na refinancování ve výši hrubé sazby refinancování, proč Helaba musí platit pouze úhradu za zajištění překračující referenční úrokovou sazbu, zda se úhrada za zajištění musí opírat o hrubou sazbu refinancování nebo o sazby Libor či Euribor nebo zda referenční sazba a sazba Libor jsou stejné sazby.

263 Pokud jde o použití kritéria soukromého investora, žalobce uvádí, že Komise tím, že měla za to, že Helaba musí platit pouze za roční riziko, kterému Spolková země vystavuje svůj zvláštní fond tím, že ho investuje ve formě vkladu tichého společníka, nesprávně použila toto kritérium z důvodu, zaprvé, že neexistence likvidity již byla vyrovnána sníženou vloženou hodnotou zvláštního fondu, zadruhé, že soukromý investor by nesouhlasil s tím, že jeho úhrada bude snížena z důvodu neexistence likvidity jeho vkladu, a zatřetí, že v každém případě měl Tribunál již příležitost rozhodnout, že soukromý investor by souhlasil pouze se snížením ve výši skutečných nákladů nesených bankou z důvodu neexistence likvidity.

264 Komise a vedlejší účastnice řízení tyto argumenty zpochybňují.

c) Závěry Tribunálu

265 Pokud jde o údajný nedostatek odůvodnění, je třeba konstatovat, že z bodů 184 až 187 odůvodnění napadeného rozhodnutí vyplývá, že Komise měla za to, že skutečnost, že investice do základních vlastních zdrojů není likvidní, s sebou nese pro banku vyšší náklady oproti nákladům spojeným s likvidní investicí, protože banka si musí na trhu opatřit likvidní částku rovnající se hodnotě investice. Banka tedy souhlasí

s touto investicí pouze tehdy, když dohodnutá úhrada zohledňuje dodatečné náklady, které vyplývají z neexistence likvidity investice, a umožňuje v důsledku toho, aby byly náklady takové investice stejné jako náklady investice zahrnující převod likvidity.

266 Když jsou, jak je tomu v případu vkladů tichého společníka stejně jako sporného vkladu, jak úhrada za vklad, tak dodatečné náklady placeny před zdaněním, má Komise za to, že náklady likvidního a nelikvidního vkladu mohou být totožné, pokud je úhrada za vklad vypočtena tak, že se nezohlední úroková sazba, která má v případně likvidních vkladů odměňovat dání likvidních prostředků k dispozici. Jestliže je, tak jako ve věci WestLB, úhrada z investice placena po zdanění, protože investice nemá formu vkladu tichého společníka, zatímco náklady na refinancování jsou vždy považovány za provozní náklady a placeny před zdaněním, mohou být zohledněny pouze čisté náklady na refinancování, protože v opačném případě by pro banku byla nelikvidní investice méně zatěžující než likvidní. V tomto posledně uvedeném případě má Komise za to, že investor by vyžadoval, aby jeho odměna byla vyšší, aby se vyrovnala tato výhoda banky.

267 Je třeba konstatovat, že Komise dostatečně vysvětlila – rovněž s ohledem na věc WestLB – důvod, pro který dle jejího názoru nese Helaba v porovnání s likvidním vkladem v projednávaném případě skutečně dodatečné náklady na refinancování ve výši hrubé sazby refinancování, a tím i důvod, proč musí Helaba platit pouze úhradu za zajištění překračující referenční úrokovou sazbu. Krom toho s přihlédnutím k tomuto odůvodnění, nebylo nezbytné, aby Komise uvedla, zda se úhrada za zajištění měla opírat o hrubou sazbu na refinancování nebo sazbu Libor či Euribor ani jaká by měla být referenční sazba.

268 Pokud jde o argumenty žalobce týkající se opodstatněnosti odpočtu nákladů na refinancování, je třeba je zkoumat odděleně.

K argumentu, podle kterého již byla neexistence likvidity zohledněna prostřednictvím snížené vložené hodnoty

269 Žalobce v tomto ohledu uvádí, že i když úvěrové portfolio zvláštního fondu bylo ke dni 31. prosince 1998 přibližně 4 miliardy eur, vklad tichého společníka zapsaný do rozvahy banky Helaba byl pouze 1,264 miliardy eur. Uvádí, že stanovení aktualizované hodnoty způsobilo, že se sporný vklad rovná jakémukoliv jinému druhu aktiv, včetně likvidního, ve stejné výši, a to zejména v rozsahu, v němž má přinášet úroky v normální tržní sazbě. Z toho vyvozuje, že soukromý investor by zohlednil příjmy, které má Helaba ze zvýšení hodnoty zvláštního fondu, a srovnal by je s případnými náklady na refinancování nesenými bankou.

270 V tomto ohledu je třeba poznamenat, že jak tvrdí Komise, vývoj hodnoty zvláštního fondu ke dni jeho převodu bance Helaba, nemá žádnou souvislost s dodatečnými náklady, které sporný vklad představuje pro banku Helaba oproti likvidnímu vkladu tichého společníka. Nezohlednění v rámci posouzení hodnoty zvláštního fondu nevýhod vyplývajících pro banku Helaba z neexistence likvidity a nákladů na refinancování, které musí vynaložit s cílem rozšíření své činnosti na maximum, totiž jasně vyplývá ze skutečnosti, že toto hodnocení bylo uskutečněno nejen stranami sporného vkladu, ale rovněž BAKred, a to za účelem stanovení, jaká hodnota může být zapsána do rozvahy banky Helaba jako základní vlastní zdroje. Tato hodnota vypočítaná pro účely ochrany věřitelů-třetích osob je tedy stejná, ať už se Helaba skutečně rozhodne rozšířit své činnosti na maximum, či nikoliv. Je tak objektivní hodnotou, která nezávisí na použití zvláštního fondu. Tato hodnota by byla stejná, kdyby byl fond prodán soukromému podniku nebo veřejnému orgánu, který si přeje pouze pokračovat v činnosti zvláštního fondu, a z tohoto důvodu nepotřebuje získat likvidní prostředky ve výši hodnoty fondu.

271 Krom toho tento závěr potvrzuje znalecký posudek vyžádaný Komisí v průběhu správního řízení ve věci WestLB. Příklad poskytnutý tímto posudkem, vycházející z prodeje orgány Spojeného království Velké Británie a Severního Irska domů pronajímaných

vojákům za nižší než tržní nájem, za které byla cena zaplacená kupujícím shodná s aktualizovanou hodnotou, potvrzuje, že uvedená hodnota odpovídá objektivní prodejní ceně, nezávisle na použití převedeného majetku, které kupující zamýšlí.

272 Skutečnost, uvedená v této zprávě a uplatněná žalobcem v projednávaném případě proti odpočtu nákladů na refinancování, že převedený fond, jakmile je vypočítána aktualizovaná hodnota, by měl přinášet úroky v tržní sazbě, i když je přesná, není nicméně takové povahy, aby zabránila uvedenému odpočtu. Jednak totiž vyplývá z výrazu „by měl" použitém v uvedené zprávě, že se jedná o odhad, a nikoli o jistou skutečnost, kterou by bylo možné zohlednit pro vyrovnání nákladů na refinancování. Takto není možné vyloučit to, že aktualizovaná hodnota majetku několik let po jeho prvním ohodnocení nebude stejná jako tato první hodnota, zvýšená o úroky, ale nižší například z toho důvodu, že dojde k nesplacení části poskytnutých úvěrů. Krom toho je třeba konstatovat, že z napadeného rozhodnutí, zejména z bodů 18 a 30 odůvodnění vyplývá, že hodnota fondu zapsaná do rozvahy zůstala mezi roky 1999 a 2003 stabilní a že vklad zvláštního fondu do banky Helaba neznamená pro banku příliv likvidních prostředků nebo příjmů, protože platby týkající se půjček na výstavbu sociálních bytů náleží do zvláštního fondu a musí být použity pro účely podpory. Z toho vyplývá, že skutečnost, že aktualizovaná hodnota zvláštního fondu je nižší než jeho nominální hodnota, s sebou nenese pro banku Helaba roční výnos.

273 V důsledku toho je třeba mít za to, že – jak tvrdí Komise a vedlejší účastnice – skutečnost, že aktualizovaná hodnota zvláštního fondu ke dni jeho vkladu, jak byla uznaná smluvními stranami a BAKred, je nižší než jeho nominální hodnota, nevyrovnává ani není jejím účelem vyrovnat náklady na financování nesené bankou Helaba, aby si na trhu opatřila likvidní prostředky ve výši částky sporného vkladu. Tento argument tedy musí být odmítnut, aniž by bylo třeba žádat Komisi, aby poskytla, jak navrhuje žalobce, dva znalecké posudky stanovící aktuální hodnotu sporného vkladu uvedené v bodě 16 odůvodnění napadeného rozhodnutí.

K argumentu vycházejícímu ze skutečnosti, že soukromý investor by nesouhlasil s odpočtem nákladů na refinancování

274 Žalobce uvádí, že Komise se tím, že měla za to, že soukromý investor by souhlasil, aby jeho úhrada byla snížena z důvodu nelikvidnosti jeho vkladu, dopustila dvou pochybení, jednoho účetní povahy a druhého makroekonomické povahy.

275 Účetní chyba spočívá ve stanovení spojení mezi rozhodnutím Spolkové země vložit zvláštní fond a rozhodnutím banky Helaba přijmout ho. Žalobce tvrdí, že každé z těchto rozhodnutí je určené parametry – perspektivami výnosu, rizikem, náklady na refinancování – které nejsou stanoveny stranami, ale kapitálovým trhem, a že investor neuskuteční vklad, pokud neočekává, že bude mít výnos odpovídající přijatému riziku. Pokud jde o kritiky Komise, podle kterých žalobce založil svou úvahu na „teorii oddělení", která krom toho, že není jedinou formulovanou teorií, je v rozporu s kritériem soukromého investora, uvádí, že existuje pouze jediná „teorie oddělení" a že kritérium soukromého investora nejenže s ní není v rozporu, ale opírá se o ni.

276 Makroekonomická chyba Komise spočívá v tom, že měla za to, že soukromý investor by dal k dispozici svůj majetek věřitelům banky Helaba na neurčitou dobu v sazbě 1,4 %, která nejenže je o hodně nižší než sazba bezrizikových půjček, jaká byla v rozhodné době – a sice 4 % – ale navíc dlouhodobě nedosahuje ani sazby inflace. Žalobce dále zpochybňuje tvrzení Komise, podle kterého je sazba úhrady nižší než sazba likvidního vkladu, protože se nejedná o obvyklý vklad. Uvádí v tomto ohledu, že sporný vklad není ničím neobvyklý, protože naturální vklady, jako jsou budovy, pozemky nebo výrobní podniky, se uskutečňují často.

277 V tomto ohledu je třeba připomenout, že z rozsudku WestLB, bod 7 výše, vyplývá, že pokud jde o kvalifikaci investice do podniku jako státní podpory, není možné tvrdit,

že pro výpočet přiměřené úhrady je relevantní pouze hledisko investora. Tribunál tak měl za to, že v rámci jednání za normálních podmínek tržního hospodářství by bylo pro soukromého investora nacházejícího se ve stejné situaci jako spolková země Severní Porýní-Vestfálsko nemožné, aby odhlédl od neexistence likvidity vloženého kapitálu a skutečnosti, že pro WestLB měl tento vklad omezenou použitelnost. Domníval se tedy, že spolková země Severní Porýní-Vestfálsko nemohla vyžadovat za tento kapitál úhradu podobnou úhradě za likvidní kapitál (rozsudek WestLB, bod 7 výše, body 326 a 328). Je třeba dále připomenout, že v rámci použití práva Společenství v oblasti státních podpor je rozhodující existence výhody pro podnik. Z toho vyplývá, že v případě, jako je projednávaný případ, kdy Spolková země chce investovat aktiva zvláštní povahy, nemůže být transakce považována za transakci vedoucí ke státní podpoře, pokud podmínky, které je tento podnik v návaznosti na jednání mezi jím a veřejným orgánem, který chce investovat, ochotný přijmout s ohledem na nevýhody vyplývající z povahy převedeného kapitálu, implikují nižší úhradu než je úhrada dohodnutá na trhu za likvidní investice. Pokud totiž tyto podmínky nejsou pro podnik výhodnější než ty, které by mohl získat v případě, že by se transakce týkala, jak je to běžné, likvidního kapitálu, neobdrží výhodu, kterou by nemohl získat na trhu. Naopak není možné mít za to, že, aby nebyla transakce tohoto druhu považována za vedoucí ke státní podpoře, musí veřejný orgán vždy za svou investici získat stejnou úhradu jako investor ochotný převést likvidní kapitál.

278 Za těchto okolností musí být argumenty žalobce týkající se inflace a sazeb bezrizikových půjček odmítnuty, protože spočívají na předpokladu, že je to pouze hledisko investora, co je relevantní, a že jediné relevantní srovnání je mezi úhradou pobíranou Spolkovou zemí a úhradou, kterou by vyžadoval investor, který by převzal téže rizika, nezávisle od výhod a nevýhod, které vyplývají pro banku Helaba ze sporného vkladu v porovnání s referenčními transakcemi.

279 Tento závěr nemůže vyvrátit argument žalobce, podle kterého sporný vklad není ničím neobvyklým, protože naturální vklady jako budovy, pozemky nebo výrobní

jednotky jsou časté. V tomto ohledu je jednak třeba konstatovat, že žalobce netvrdí, že hybridní nástroje vlastního kapitálu, jako je sporný vklad, se upisují na trhu výměnou za zboží, jako jsou budovy nebo pozemky. Krom toho toto srovnání odhlíží od skutečnosti, že sporný vklad má zvláštní povahu, a to i v porovnání s takovým zbožím. Nejenže totiž není sporný vklad likvidní, ale Helaba nemůže ani získat likviditu tím, že by ho prodala, ani ho použít ve svůj prospěch.

280 Za těchto podmínek je třeba mít za to, že argument žalobce vycházející ze skutečnosti, že sazba dohodnutá mezi stranami sporného vkladu je nižší než sazba bezrizikových půjček a inflace, neumožňuje mít za to, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že se domnívala, že jelikož sporný vklad nepřináší bance Helaba likvidní prostředky a tato si je musela obstarat na trhu, musí odměnit Spolkovou zemi pouze za riziko, kterému je vystaven její majetek (přirážka za zajištění).

Ke skutečnosti, že by soukromý investor souhlasil v nejlepším případě pouze s odpočtem nákladů na refinancování odpovídajících skutečným nákladům neseným Helaba

281 Žalobce připomíná, že díky spornému vkladu může Helaba podstatně rozšířit své činnosti, a uvádí, že v důsledku toho by neměly být náklady na refinancování přičteny „jednotce činnosti“, ale celkové činnosti vytvářené vkladem. Tvrdí, že Komise měla srovnat jednak hospodářské výhody a nevýhody týkající se vkladu v likvidní formě, a jednak sporný vklad, a má za to, že nelikvidní povaha sporného vkladu může odůvodnit nanejvýš snížení výnosu, a nikoliv paušální odečet nákladů na refinancování. Domnívá se dále, že Komise nezohlednila skutečnost, že určité transakce nevyžadují likvidní prostředky, ale přináší bance příjmy.

282 Krom toho má žalobce za to, že i když měla být zohledněna celá sazba refinancování, náklady na refinancování představují provozní výdaj, který snižuje daňový základ

banky Helaba, takže skutečná zátěž banky Helaba je po zdanění nižší než sazba refinancování.

283 Pokud jde o argument žalobce, podle kterého Komise měla srovnat hospodářské výhody a nevýhody týkající se vkladu podle toho, zda měl, či neměl likvidní formu, je třeba konstatovat, že nelikvidní vklad nepřináší bance dodatečné výhody oproti likvidnímu vkladu. Možnost rozšíření činností vyplývající ze zvýšení vlastních zdrojů, jak v případě těch, které vyžadují likvidní prostředky, tak těch, které vyžaduje pouze vlastní zdroje zajištění, je tak totožná bez ohledu na povahu majetku vloženého do banky. Naopak nelikvidní vklad zahrnuje pro banku dodatečné náklady, ledaže by tato vykonávala pouze transakce, které nevyžadují likvidní prostředky. Přitom žalobce netvrdí, že to je případ banky Helaba nebo bank, které emitovaly vklady tichého společníka na trhu. Žalobce navíc ve výpočtech, které uvádí ve svých písemnostech, aby prokázal, že relativní ztráta výnosu banky Helaba je nižší než absolutní částka jejích nákladů, vychází rovněž ze zásady, že se banka snaží získat likvidní prostředky ve výši převáděné částky.

284 Pokud jde dále o výpočty žalobce, je třeba uvést, že se uskutečňují na základě příkladu vkladu 100 eur, faktoru rozšíření činností 12,5, sazby refinancování ve výši 4 % a sazby půjček zákazníkům Helaba ve výši 6,6 %. Žalobce vysvětluje, že za těchto okolností Helaba získá zisky před zaplacením úhrady ve výši 36,50 eur v případě likvidního vkladu a 32,50 eur v případě nelikvidního vkladu, a že v důsledku toho její ztráta, pokud obdrží nelikvidní vklad, je 4 eur, to znamená 10,96 %. Navrhuje v důsledku toho snížit o 10,96 % úhradu, která se platí za likvidní vklad a sice 5,4 % – odpovídající sazbě za bezrizikovou půjčku 4 % zvýšenou o přirážku za zajištění dohodnutou mezi Spolkovou zemí a Helaba ve výši 1,4 %. Domnívá se tak, že úhrada, kterou by měla platit Spolková země, je 4,81 %.

285 V tomto ohledu je třeba nejdříve konstatovat, že tyto výpočty jsou ve velké míře spekulativní. I když je sazba refinancování bezrizikových půjček, kterou žalobce používá, sazbou použitelnou v Německu v okamžiku sporného vkladu na desetileté státní

půjčky, nic to nemění na tom, že Helaba musí platit za své refinancování na trhu vyšší sazbu, než je sazba státních půjček (viz bod 13 výše). Pokud jde o sazbu 6,6 %, krom toho, že žalobce nevysvětluje ve svých písemnostech, z čeho vychází, zdá se být zřejmé, že banka nepoužívá jednotnou sazbu na všechny své transakce, v každém okamžiku a pro všechny své zákazníky.

286 V každém případě je třeba konstatovat, že částečný odpočet nákladů na refinancování navržený žalobcem umožňuje jen částečně vyrovnat vyšší náklady, které pro banku Helaba znamená sporný vklad v porovnání s likvidním vkladem. Zatímco z výpočtu navrhovaného žalobcem vyplývá, že náklady na refinancování nesené bankou Helaba k získání likvidních prostředků na trhu byly 4 eur na půjčku 100 eur, snížení odměny, kterou platila Spolkové zemi, bylo pouze 0,59 eur. Proto je při použití metody navržené žalobcem zátěž nesená bankou Helaba z důvodu sporného vkladu vyšší než ta, která by vyplývala z likvidního vkladu.

287 Za těchto okolností argument žalobce neumožňuje prokázat, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla za to, že v projednávaném případě jsou hrubé náklady na refinancování odpočitatelné, aby nebyl sporný vklad pro banku Helaba nákladnější než likvidní vklad, což by soukromý investor nebyl schopen v okolnostech projednávaného případu prosadit.

288 Pokud jde o argument žalobce, podle kterého je nevýhoda utrpěná bankou Helaba z důvodu nákladů na refinancování zmírněná výhodou, kterou má z toho, že uvedené náklady představují výdaje, které snižují základ daně, a tedy její výši, stačí konstatovat, že i kdyby tomu tak skutečně bylo, jsou zisky dosažené bankou Helaba po zdanění rovněž nižší než ty, kterých by dosáhla, kdyby byl vklad likvidní. Za těchto okolností neznamená nelikvidní povaha sporného vkladu pro banku Helaba žádnou výhodu.

289 Je tedy třeba odlišit projednávaný případ od věci WestLB, ve které Komise, aniž by byl její krok zpochybněn Tribunálem, souhlasila pouze s odpočtem čisté sazby

refinancování, a nikoliv hrubé sazby, jak navrhovala Spolková republika Německo a účastníci transakce, z toho důvodu, že vzhledem k tomu, že WestLB musela odměnit investora po zdanění – na rozdíl od banky Helaba – dosáhla by převodem nelikvidního majetku vyšších zisků než převodem likvidního kapitálu.

290 Jelikož byl dopad nákladů na refinancování na zisky banky snížen z důvodu, že snížením daňového základu vedly ke snížení dlužné daně, dopad uvedených nákladů na úhradu musel být rovněž snížený, tak aby banka neměla prospěch jak ze snížení daně, tak z přílišného snížení odměny. Komise tak tím, že odpočetla od úhrady čisté náklady na refinancování, vyrovnala zvýšení nákladů WestLB vyplývající z těchto nákladů a jejich snížení vyplývající ze snížení úhrady k zaplacení, čímž učinila transakci srovnatelnou s transakcí obsahující převod likvidních prostředků.

291 S přihlédnutím ke všemu výše uvedenému je třeba mít za to, že se Komise nedopustila zjevně nesprávného posouzení, pokud jde o zohlednění nákladů na refinancování nesených bankou Helaba z důvodu nelikvidní povahy zvláštního fondu.

292 Za těchto okolností je třeba mít za to, že žalobce neprokázal, že se Komise dopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že se v zásadě domnívala, že zátěž nesená bankou Helaba za část vkladu, kterou mohla použít k zajištění svých obchodních činností, vyplývající z dohodnuté úhrady, živnostenské daně a nákladů na refinancování, jakož i zátěž 0,3 % za zbytek sporného vkladu, odpovídala zátěži, kterou by Helaba nesla, pokud by získala na trhu prostředky přinášející jí stejné výhody. Zejména se Komise nedopustila zjevně nesprávného posouzení tím, že měla za to, že s ohledem na kontext, v jakém se transakce uskutečnila, skutečnost, že Spolková země vložila podstatnou část základních vlastních zdrojů banky Helaba a že nemůže volně stáhnout investici, i když jistě zvyšuje riziko nesené Spolkovou zemí, nepřináší Helaba dodatečnou výhodu a neumožnila by soukromému investorovi získat zvýšení úhrady.

293 V důsledku toho musí být zamítnuty žalobní důvody žalobce vycházející z toho, že Komise porušila článek 87 ES, jakož i z nedostatku odůvodnění napadeného rozhodnutí.

294 Proto se žaloba zamítá.

K dalším návrhům účastníků řízení

295 Žalobce navrhuje Tribunálu, aby Komisi nařídil v souladu s čl. 64 odst. 3 jednacího řádu předložit zaprvé znalecký posudek poskytnutý Spolkovou republikou Německo během správního řízení a týkající se pořadí sporného vkladu v případě úpadku banky Helaba, uvedený v bodě 131 odůvodnění napadeného rozhodnutí, zadruhé dva znalecké posudky stanovící aktualizovanou hodnotu sporného vkladu uvedené v bodě 16 odůvodnění napadeného rozhodnutí a zatřetí dohodu nebo dohody uzavřené mezi držiteli podílů banky Helaba, z nichž vyplývá „kontrolní vliv" ve prospěch Spolkové země, na které Komise odkázala v rozhodnutí K (2005) 3232 v konečném znění ze dne 6. září 2005 týkajícím se převodu Hessischer Investitionsfonds na Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale formou vkladu tichého společníka napadeném ve věci, v níž byl vydán rozsudek z tohoto dne, Bundesverband deutscher Banken v. Komise (T-36/06), bod 31 výše.

296 Rovněž navrhuje, aby Tribunál v rámci ústní části řízení vyslechl znalce pana H. a pana F. jako svědky.

297 Žalobce dále navrhuje, aby Tribunál nařídil bance Helaba vyčíslit její podíly na trhu v Hesensku, Durynsku a Německu pro roky 1998 až 2004.

298 Konečně navrhuje vyslechnutí několika svědků v případě, kdy by Komise zpochybnila některé z jeho tvrzení týkajících se přípustnosti žaloby.

299 Na žádost Tribunálu (viz bod 25 výše) předložila Komise znalecký posudek poskytnutý Spolkovou republikou Německo během správního řízení a týkající se pořadí sporného vkladu v případě úpadku banky Helaba. Tribunál se nicméně domnívá, že s ohledem na vysvětlení poskytnutá účastníky v průběhu řízení není nezbytné požadovat předložení dvou znaleckých posudků stanovících aktualizovanou hodnotu sporného vkladu. Pokud jde o dohodu nebo dohody uzavřené mezi držiteli podílů Helaba, na které Komise odkázala v rozhodnutí K (2005) 3232 v konečném znění, je třeba konstatovat, že vzhledem k tomu, že žádné z posouzení Komise v napadeném rozhodnutí nespočívá na vlivu Spolkové země na banku Helaba, nezdá se být předložení dokumentu nezbytné.

300 Tribunál se rovněž domnívá, že není třeba vyslechnut jako svědky znalce H. a F., protože jejich zprávy již byly zařazeny do spisu.

301 Krom toho vzhledem k neexistenci rozhodnutí ohledně přípustnosti této žaloby, není nezbytné ani vyhovět návrhu žalobce na nařízení Helaba vyčíslit její podíly na trhu v Hesensku, Durynsku a Německu pro roky 1998 až 2004, ani povolat jako svědky osoby, jejichž slyšení je navrženo pro případ, že by Komise zpochybnila některá tvrzení žalobce ohledně přípustnosti žaloby.

302 Pokud jde o návrh na důvěrné zacházení vyjádřený žalobcem ve vztahu k replice (viz bod 20 výše), stačí konstatovat, že jelikož se informace považované žalobcem za důvěrné nenachází v předloženém znění repliky, je tento návrh bezpředmětný.

303 Konečně je třeba vyhovět návrhu na vynětí určitých dokumentů přiložených k replice ze spisu (viz bod 22 výše), protože se jedná o vnitřní dokumenty Komise.

K nákladům řízení

304 Podle čl. 87 odst. 2 jednacího řádu se účastníku řízení, který neměl úspěch ve věci, uloží náhrada nákladů řízení, pokud to účastník řízení, který měl ve věci úspěch, požadoval. Vzhledem k tomu, že Komise, Spolková země a Helaba požadovaly náhradu nákladů řízení a žalobce neměl ve věci úspěch, je důvodné posledně uvedenému uložit náhradu nákladů řízení.

305 Podle čl. 87 odst. 4 prvního pododstavce jednacího řádu Spolková republika Německo ponese vlastní náklady řízení.

Z těchto důvodů

TRIBUNÁL (čtvrtý senát)

rozhodl takto:

1) **Dokumenty předložené Bundesverband deutscher Banken eV v přílohách 9 a 10 repliky se vyjmou ze spisu.**

2) Žaloba se zamítá.

3) Bundesverband deutscher Banken ponese vlastní náklady řízení a nahradí náklady řízení Evropské komise, spolkové země Hesensko a společnosti Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale.

4) Spolková republika Německo ponese vlastní náklady řízení.

Czúcz Vadapalas Labucka

Takto vyhlášeno na veřejném zasedání v Lucemburku dne 3. března 2010.

Podpisy.

Obsah

Skutečnosti předcházející sporu ..... II - 394

A – Sporný vklad ..... II - 394

B – Věci týkající se německých Landesbanken ..... II - 396

C – Napadené rozhodnutí ..... II - 397

Řízení a návrhová žádání účastníků řízení ..... II - 399

Právní otázky ..... II - 402

A – K přípustnosti ..... II - 402

B – K věci samé ..... II - 403

1. Kontext, ve kterém byl sporný vklad vyjednán ..... II - 406

2. Ke zohlednění stupňovitého modelu ..... II - 409

a) Napadené rozhodnutí ..... II - 409

b) Argumenty účastníků řízení ..... II - 410

c) Závěry Tribunálu ..... II - 411

3. K výtce, podle které Komise neprávem kvalifikovala sporný vklad jako „normální“ vklad tichého společníka, a nikoliv jako investici do základního kapitálu ..... II - 417

a) Napadené rozhodnutí ..... II - 417

b) Argumenty účastníků řízení ..... II - 419

c) Závěry Tribunálu ..... II - 421

K vlastnostem, na základě kterých měla Komise za to, že úhrada za sporný vkladu musí být srovnávána s úhradou za vklady tichého společníka na dobu určitou ..... II - 424

– Riziko ztráty v případě úpadku nebo likvidace ..... II - 424

– Ziskový profil ..... II - 427

K vlastnostem sporného vkladu, o kterých měla Komise za to, že nebrání srovnání úhrady za sporný vklad s úhradou za vklady tichého společníka na dobu určitou ..... II - 431

– Objem ..... II - 431

– Vyrovnávací rezerva základního kapitálu ..... II - 436

– K trvalému charakteru vkladu a nemožnosti převodu ..... II - 440

Vlastnosti sporného vkladu, které nebyly uplatněny v průběhu správního řízení a přezkoumány v napadeném rozhodnutí ..... II - 442

K situaci na trhu v okamžiku vložení sporného vkladu ..... II - 445

Závěr ohledně kvalifikace sporného vkladu jako vkladu tichého společníka ..... II - 449

4. Ke srovnání úhrady za sporný vklad s úhradou za zajištění vyžadovanou na trhu ..... II - 450

a) K zohlednění živnostenské daně ..... II - 451

Napadené rozhodnutí ..... II - 451

Argumenty účastníků řízení ..... II - 451

Závěry Tribunálu ..... II - 452

b) Ke srovnání základní úhrady se základní úhradou za zajištění vyžadovanou na trhu ..... II - 454

Napadené rozhodnutí ..... II - 454

Argumenty účastníků řízení ..... II - 455

Závěry Tribunálu ..... II - 456

Závěr ohledně srovnání základní úhrady se základní úhradou za zajištění vyžadovanou na trhu ..... II - 466

c) Ke srovnání přirážky za trvalost se zvýšením úhrady za zajištění vyžadovaným na trhu ..... II - 466

Napadené rozhodnutí ..... II - 466

Argumenty účastníků řízení ..... II - 467

Závěry Tribunálu ..... II - 469

Závěr o přezkumu úhrady za zajištění jako běžné na trhu ..... II - 472

5. Ke skutečnosti, že Komise odečetla z odměny náklady na refinancování, které vyplývají pro banku Helaba z neexistence likvidity sporného vkladu .. II - 473

a) Napadené rozhodnutí ..... II - 473

b) Argumenty účastníků řízení ..... II - 473

c) Závěry Tribunálu ..... II - 474

K argumentu, podle kterého již byla neexistence likvidity zohledněna prostřednictvím snížené vložené hodnoty ..... II - 476

K argumentu vycházejícímu ze skutečnosti, že soukromý investor by nesouhlasil s odpočtem nákladů na refinancování ..... II - 478

Ke skutečnosti, že by soukromý investor souhlasil v nejlepším případě pouze s odpočtem nákladů na refinancování odpovídajících skutečným nákladům neseným Helaba ..... II - 480

K dalším návrhům účastníků řízení ..... II - 484

K nákladům řízení ..... II - 486