ÜLDKOHTU OTSUS (neljas koda)

3. märts 2010 *

Kohtuasjas T-163/05,

Bundesverband deutscher Banken eV, asukoht Berliin (Saksamaa), esindajad: advokaadid H.-J. Niemeyer, K.-S. Scholz ja J.-O. Lenschow,

hageja,

versus

Euroopa Komisjon, esindajad: N. Khan ja T. Scharf,

kostja,

* Kohtumenetluse keel: saksa.

keda toetavad

Saksamaa Liitvabariik, esindajad: M. Lumma ja C. Schulze-Bahr, keda abistas advokaat J. Witting,

ja

Hesseni liidumaa (Saksamaa), keda esindasid: advokaadid H.-J. Freund ja M. Holzhäuser ning hiljem advokaadid H.-J. Freund ja S. Lehr,

ning

Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, asukoht Frankfurt Maini ääres (Saksamaa), keda esindas: advokaat H.-J. Freund,

menetlusse astujad,

mille ese on nõue tühistada komisjoni 20. oktoobri 2004. aasta otsus 2006/742/EÜ, Saksamaa poolt Landesbank Hessen-Thüringen – Girozentrale'le antava riigiabi kohta (ELT 2006, L 307, lk 159).

ÜldKOHUS (neljas koda),

koosseisus: esimees O. Czúcz (ettekandja) ning kohtunikud V. Vadapalas ja I. Labucka,

kohtusekretär: ametnik C. Kristensen,

arvestades kirjalikus menetluses ja 9. septembri 2008. aasta kohtuistungil esitatut,

on teinud järgmise

otsuse

Vaidluse taust

A. *Vaidlusalune sissemakse*

1 Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (edaspidi „Helaba") on üks suurimaid panku Saksamaal. Õiguslikult on tal avalik-õigusliku isiku staatus. Alates 1. jaanuarist 2001 kuulub 85% osalus Helabas Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen'ile, 10% osalus Hesseni liidumaale (edaspidi „Liidumaa") ja 5% osalus Tüüringi liidumaale. Helaba on tavapäraselt toimiv Liidumaa ja Tüüringi liidumaa pank, samuti Hesse ja

Tüüringi hoiupankade keskpank. Ta tegeleb kommertspangana nii siseturul kui ka rahvusvahelistel turgudel.

2 17. detsembri 1998. aasta seadusega asutas Liidumaa erifondi nimega Wohnungswesen und Zukunftsinvestition („Eluasemed ja tulevikku investeerimine", edaspidi „erifond"). Erifondi kuuluvad madala intressiga Liidumaa nõuded ajavahemikul 1948–1998 sotsiaalelamuehituse edendamiseks antud laenudest. 31. detsembri 1998. aasta seisuga oli laenuportfelli suurus 7,829 miljardit Saksa marka (umbes 4 miljardit eurot). Kaks sõltumatut eksperti määrasid portfelli korrigeeritud väärtuseks 2,473 miljardit Saksa marka (1,264 miljardit eurot).

3 Erifond kaasati Helaba kapitali sisemise ühingu raames kui „vaikiv allutatud sissemakse" [*stille Einlage*] Liidumaa ja Helaba vahelise lepingu alusel (edaspidi „leping"), mis jõustus 31. detsembril 1998 (edaspidi „vaidlusalune sissemakse"). Lepingu punkti 1 alapunkti 2 kohaselt tuli sissemakset alati kasutada Helaba tagatiskapitalina, mis moodustas osa esimese taseme omavahenditest. Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (krediidiasutuste föderaalne järelevalveamet, edaspidi „BAKred") kiitis heaks kogu sissemakse arvamise esimese taseme omavahendite hulka. Nii tunnistati, et sissemakse oli kooskõlas Baseli Pangajärelevalve Komitee 27. oktoobri 1998. aasta pressiteates esitatud Sydney deklaratsiooniga, mis kapitali segainstrumentide (instrumendid, millel on nii kapitaliosalust kui ka tavapärase võlausaldaja nõudeõigust tõendava väärtpaberi tunnused) osa esimese taseme omavahendites ei või ületada 15%, v.a instrumendid, mille kohta on nende suhtes sõlmitud lepingutes ette nähtud, et kapital antakse üle tähtajatult ning see ei ole seotud ühegi sõnaselge tingimusega – v.a emitendi õigus kapital ennetähtaegselt tagasi maksta –, mille täitmisel tuleks instrumendiga esindatav summa tagasi maksta.

4 Lepingu pooled leppisid kokku, et Helaba maksab Liidumaale selle vaikiva allutatud sissemakse eest tasu 1,4% sissemakse summast aastas, millest arvati maha sotsiaalelamuehituse abistamiseks vajalik osa. See tasu koosnes riskitasust 1,2% aastas ja

lisatasust 0,2% aastas sissemakse tähtajatuse ja Helaba ühepoolse ülesütlemisõiguse eest. Selles suhtes oli ette nähtud etapiviisiline kava, mille kohaselt esimesel neljal aastal (1998–2002) ei makstud tasu üleantud vara koguväärtuselt, vaid igal aastal kasvavalt osalt (edaspidi „etapiviisiline kava"). Nendeks osadeks fikseeriti summad 700 miljonit Saksa marka, 1,2 miljardit Saksa marka, 1,6 miljardit Saksa marka ja 2 miljardit Saksa marka (ehk vastavalt umbes 380 miljonit eurot, 610 miljonit eurot, 820 miljonit eurot ja 1,02 miljardit eurot).

B. *Saksa Landesbankeneid puudutavad asjad*

5 31. mai 1994. aasta ja 21. detsembri 1994. aasta kirjades teatas hageja Bundesverband deutscher Banken eV (Saksamaa eraõiguslike pankade liit) Euroopa Ühenduste Komisjonile, et teatud arv liidumaid, sealhulgas Nordrhein-Westfaleni liidumaa, andsid või kavatsesid anda elamuehituse laenud üle teatud Landesbankenite (regionaalpangad), sh Westdeutsche Landesbank Girozentrale (edaspidi „WestLB") tagatiskapitali. Hageja sõnul ei lepitud nende sissemaksete eest kokku turumajanduse tingimustes tegutseva erainvestori kriteeriumile (edaspidi „erainvestori kriteerium") vastavat tasu, mistõttu nende tehingute tulemusel Landesbankenite esimese taseme omavahendite suurendamine moonutas konkurentsi neid sissemakseid saanud pankade kasuks.

6 6. augusti 1997. aasta ja 30. juuli 1998. aasta kirjades teavitas hageja komisjoni veel kahe varaüksuse üleandmisest, millest üks oli vaidlusalune sissemakse.

7 Esiteks uuris komisjon vara üleandmist WestLB-le (edaspidi „WestLB asi"), teatades, et vara üleandmist teistele pankadele uurib ta selle asja tulemuste alusel. 8. juulil 1999 võttis komisjon vastu otsuse 2000/392/EÜ Saksamaa poolt WestLB kasuks võetud

meetme kohta (EÜT 2000, L 150, lk 1, edaspidi „1999. aasta otsus WestLB"), milles ta tuvastas, et asjassepuutuva tehinguga anti siseturuga kokkusobimatut riigiabi ning kohustas Saksamaad seda abi tagasi nõudma. See otsus tühistati Üldkohtu 6. märtsi 2003. aasta otsusega liidetud kohtuasjades T-228/99 ja T-233/99: Westdeutsche Landesbank Girozentrale ja Nordrhein-Westfaleni Liidumaa *vs.* komisjon (EKL 2003, lk II-435, edaspidi „kohtuotsus WestLB") põhjenduse puudulikkuse tõttu.

8 13. novembri 2002. aasta kirjas informeeris komisjon Saksamaa Liitvabariiki otsusest algatada vaidlusaluse sissemakse suhtes ametlik uurimismenetlus. Teade vaidlusaluse sissemakse suhtes ametliku uurimismenetluse algatamise kohta avaldati Euroopa Liidu Teatajas (EÜT 2003, C 72, lk 3).

C. *Vaidlustatud otsus*

9 20. oktoobril 2004 võttis komisjon vastu otsuse 2006/742/EÜ Saksamaa poolt Landesbank Hessen-Thüringen Girozentralele antava riigiabi kohta (ELT 2006, L 307, lk 159; edaspidi „vaidlustatud otsus").

10 Vaidlustatud otsuses tuvastas komisjon, et kuna BAKred kiitis heaks erifondi kaasamise Helaba esimese taseme omavahenditesse, tuli selleks, et uurida, kas Liidumaa käitumine vastas eraõigusliku investori käitumisele, vaidlusalust sissemakset võrrelda kapitali instrumentidega, mida sissemakse tegemise aastal Saksamaal esimese taseme omavahenditesse kantavate instrumentidena tunti ja mis olid sellises suurusjärgus investeeringu – st selgelt üle 15% Helaba esimese taseme omavahenditest – üleandmise ajal Helabale ka kättesaadavad. Ta lükkas tagasi hageja argumendi, et vaidlusaluse sissemakse laad, nagu see nähtus Liidumaa ja Helaba vahel sõlmitud lepingust,

oli omane pigem aktsiakapitali tehtud sissemaksele kui „normaalsele", st tähtajalisele vaikivale allutatud sissemaksele (vaidlustatud otsuse punktid 128–139).

11 Tasu arvutamise osas, mida oleks nõudnud üks erainvestor sellise sissemakse eest nagu vaidlusalune sissemakse, eristas komisjon summat, mis oli Helaba käsutuses selleks, et tagada oma äritegevuse jätkamist, ja summat, mida Helaba komisjoni sõnul erinevatel põhjustel selleks kasutada ei saanud (vaidlustatud otsuse põhjendused 141 ja 142).

12 Summa osas, mis oli Helaba käsutuses selleks, et tagada tema äritegevuse jätkamine, asus komisjon esiteks seisukohale, et arvesse tuleb võtta asjaolu, et Helaba oli kohustatud maksma tööstus- ja kaubanduskäitistelt tasumisele kuuluvat maksu (edaspidi „kutsetegevusmaks"), mida maksavad Saksamaal tegutsevad tööstus- ja kaubandusinvestorid, kuid mida käesoleval juhul oli kohustatud maksma Helaba, sest Liidumaa seda tasuma ei pea (vaidlustatud otsuse põhjendused 157–159).

13 Teiseks selgitab komisjon, et turul on tasu arvutamisel võrdluse aluseks olev määr kas fikseeritud intressimäär, mis üldjuhul vastab kümneaastase kustutusajaga riigivõlakirjade tootlusele, või muutuv intressimäär, mis vastab pankadevahelisel turul rahaturu sellisele intressimäärale nagu Libor või Euribor. Ta märgib, et olenemata võrdluse aluseks oleva intressimäära laadist, lisandub veel lisatasu, mille koostisosad sõltuvad sellest, kas tasu on fikseeritud või muutuv. Ta selgitab, et kui tasu on muutuv, vastab lisatasu riskifunktsiooni eest makstavale tasule (edaspidi „riskitasu"). Kui tasu on aga fikseeritud, koosneb lisatasu kahest osast: refinantseerimispreemiast, st preemia riigi võlakirjade tootluselt, mida pank peab likviidsuse tagamiseks turul maksma, ja konkreetsest riskitasust, mis vastab asjassepuutuva vaikiva allutatud sissemakse profiilile (vaidlustatud otsuse põhjendus 162).

14 Arvestades, et vaidlusaluse sissemaksega ei anta üle likviidset vara ning et see toob Helabale kaasa täiendavaid refinantseerimiskulusid, leidis komisjon, et Helaba peab Liidumaale maksma vaid riskitasu (vaidlustatud otsuse põhjendused 162 ja 184–187).

15 Seega, mis puudutab kutsetegevusmaksu tõttu suurendatud kokkulepitud tasu vastavust turutingimustele, siis leidis komisjon, et kuna see tasu jääb turul makstud riskitasude vahemikus selle vahemiku ülemisse ossa, ei võimalda see tal järeldada, et Helaba sai mingi eelise ja et ta sai seega riigiabi (vaidlustatud otsuse põhjendused 172 ja 183).

16 Summa osas, mis tema sõnul ei olnud Helaba käsutuses äritegevuse jätkamise tagamiseks kas seetõttu, et see pidi tagama sotsiaalelamuehituse abistamist erifondist, või etapiviisilise kava tõttu, leidis komisjon, et see, et kogu sissemakse kajastati Helaba bilansis kohe, andis Helabale eelise, kuna see toimis tagatisena, mida tuli erinevalt poolte vahel kokkulepitust tasustada, ja seda määras 0,3% aastas enne maksude mahaarvamist. Ta tuvastas seega, et Helaba sai riigiabi summas 6,09 miljonit eurot (vaidlustatud otsuse põhjendused 155 ja 190).

Menetlus ja poolte nõuded

17 Hageja esitas käesoleva menetluse algatamiseks hagiavalduse, mis saabus Üldkohtu kantseleisse 18. aprillil 2005.

18 Üldkohtule 29. juulil 2005, 4. augustil 2005 ja 8. augustil 2005 esitatud dokumentidega palusid vastavalt Helaba, Saksamaa Liitvabariik ja Liidumaa komisjoni nõuete

toetuseks menetlusse astuda. 30. septembri 2005. aasta määrusega rahuldas Üldkohtu kolmanda koja esimees need menetlusse astumise avaldused.

19 Hageja palus 9. augusti 2005, 23. augusti 2005 ja 15. detsembri 2005. aasta kirjas, et hagiavalduses ja repliigis sisalduvaid teatud konfidentsiaalseid andmeid menetlusse astujatele ei edastataks. Ta esitas oma menetlusdokumentidest mittekonfidentsiaalse versiooni. Menetlusse astujatele edastati ainult need mittekonfidentsiaalsed versioonid. Menetlusse astujad ei esitanud selle kohta vastuväiteid.

20 Hageja märkis Üldkohtule 20. detsembril 2005 saadetud kirjas, et ta jättis nimetamata pangad, kes talle repliigis esitatud teatud teavet edastasid, sest need pangad kartsid oma ärisuhete olulise kahjustumise pärast, kui Helaba nende ärinimed teada saaks. Ta selgitas, et viidatud teave esitatakse ainult Üldkohtule tema nõudmisel.

21 Menetlusse astujad esitasid oma menetlusse astuja seisukohad selleks ettenähtud tähtajal. Hageja esitas ka oma märkused menetlusse astujate seisukohade suhtes selleks ettenähtud tähtajal. Komisjon loobus nende suhtes märkuste esitamisest.

22 28. märtsi 2006. aasta kirjas palus komisjon Üldkohtul kõrvaldada toimikust osa repliigi lisasid. Hageja ei olnud repliigi lisa C.3 osas sellele taotlusele vastu ning see kõrvaldati toimikust kolmanda koja esimehe 28. juuni 2006. aasta otsusega. Otsus muude lisade kohta, mille toimikust kõrvaldamist komisjon taotles, otsustati teha hiljem.

23 Kuna Üldkohtu kodade koosseisu muudeti ja ettekandja-kohtunik nimetati neljandasse kotta, määrati käesolev kohtuasi lahendamiseks neljandale kojale.

24 Arvestades selle koja ühe kohtuniku ametaja lõppemist, määras Üldkohtu president kodukorra artikli 32 lõike 3 alusel kotta täiendava kohtuniku.

25 Ettekandja-kohtuniku ettekande alusel otsustas Üldkohus (neljas koda) avada suulise menetluse ja palus kodukorra artiklis 64 sätestatud menetlust korraldavate meetmete raames komisjonil esitada teatud dokumendid ning esitas pooltele kirjalikult küsimusi, millele need tähtaegselt vastasid.

26 Poolte kohtukõned ja vastused Üldkohtu suuliselt esitatud küsimustele kuulati ära 9. septembri 2008. aasta kohtuistungil. Kohtuistungil otsustati, et komisjonil lubatakse esitada kirjalik vastus ühele Üldkohtu esitatud küsimusele. Komisjon esitas oma vastuse 19. septembri 2008 ja 2. oktoobri 2008. aasta kirjades ning hageja esitas selle vastuse kohta oma märkused. Suuline menetlus lõpetati 8. oktoobril 2008.

27 Hageja palub Üldkohtul:

– vaidlustatud otsus tühistada;

– mõista kohtukulud välja komisjonilt.

28 Komisjon, keda toetavad menetlusse astujad, palub Üldkohtul:

– tunnistada hagiavaldus vastuvõetamatuks ja teise võimalusena jätta see põhjendamatuse tõttu rahuldamata;

– mõista kohtukulud välja hagejalt.

Õiguslik käsitlus

A. *Vastuvõetavus*

29 Komisjon väidab, et hagiavaldus on tõenäoliselt vastuvõetamatu, kuna vaidlustatud otsus hagejat isiklikult ei puuduta.

30 Tuleb meenutada, et kohtul on õigus iga kohtuasja asjaolusid arvestades hinnata, kas hagiavalduse võib korrakohase õigusemõistmise kaalutlustel rahuldamata jätta sisulistel põhjustel, ilma et eelnevalt lahendataks kostja tõstatud vastuvõetamatuse küsimus (Euroopa Kohtu 26. veebruari 2002. aasta otsus kohtuasjas C-23/00 P: nõukogu *vs*. Boehringer, EKL 2002, lk I-1873, punktid 51 ja 52, ning Üldkohtu 13. septembri 2006. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-217/99, T-321/00 ja T-222/01: Sinaga *vs*. komisjon, kohtulahendite kogumikus ei avaldata, punkt 68).

31 Kõnealuse kohtuasja asjaolusid arvestades on Üldkohus seisukohal, et kuigi käesolevas kohtuasjas ja täna kuulutatava Üldkohtu kohtuotsusega kohtuasjas T-36/05:

Bundesverband deutscher Banken *vs.* komisjon (EKL 2010, lk II-537) tõusetunud vastuvõetavuse küsimused on nende vaidlustatud otsuste õigusliku aluse seisukohast osaliselt erinevad, on nendes tõstatud sisulised küsimused väga sarnased, arvestades, et pooled kordavad kohtuasjas, milles tehti viimati nimetatud kohtuotsus, arvukaid käesoleva kohtuasja menetluses esitatud argumente. Seetõttu on Üldkohus seisukohal, et kõigepealt tuleb uurida hageja väiteid, ilma et eelnevalt lahendataks komisjoni esitatud vastuvõetamatuse väide, sest igal juhul on tühistamishagi järgnevalt väljatoodud põhjustel põhjendamata.

B. *Põhiküsimus*

32 Hageja väidab, et vaidlustatud otsus on vastuolus EÜ artikli 87 lõikega 1, sest tasu, milles Liidumaa ja Helaba olid kokku leppinud sissemakse selle osa eest, mida viimane võis kasutada oma äritegevuse tagamiseks, ei vastanud tasule, mida oleks tehingu tegemise ajal nõudnud erainvestor; Liidumaa loobumine kohasest tasust on käsitletav riigiabina. Hageja leiab ka, et vaidlustatud otsuse teatud hinnangud ei ole piisavalt põhjendatud.

33 Täpsemalt väidab hageja kõigepealt, et komisjon ei juhindunud turuolukorrast ajal, mil vaidlusalune sissemakse tehti. Edasi kritiseerib ta komisjoni hinnanguid igas etapis, mille kaudu komisjon jõudis järelduseni, et vaidlusaluse sissemakse selle osa eest kokkulepitud tasu, mida Helaba võis kasutada oma äritegevuse tagamiseks, ei olnud riigiabi. Esiteks kritiseerib ta asjaolu, et võrreldes vaidlusaluse sissemakse eest kokkulepitud tasu turul tehtud teiste tehingute tasudega leidis komisjon, et see sissemakse oli pigem tähtajaline vaikiv allutatud sissemakse kui investeering aktsiakapitali. Teiseks kritiseerib ta asjaolu, et komisjon oli nõus lahendusega, mis nägi etapiviisilises kavas ette kasvava tasu vaidlusaluse sissemakse selle osa eest, mida Helaba võis

kasutada oma äritegevuse tagamiseks. Kolmandaks kritiseerib ta komisjoni hinnangut tasu võimaliku suurenemise või vähenemise suhtes, mida võis kohaldada turuandmetele põhineva riskitasu vahemikule, et arvesse võtta vaidlusaluse sissemakse eripära. Neljandaks kritiseerib ta asjaolu, et komisjon arvas turul nõutavast tasust maha refinantseerimiskulud, mida Helaba kandis seoses väidetava likviidsuse puudumisega.

34 Esiteks tuleb meenutada, et EÜ artikli 87 lõike 1 eesmärk on vältida seda, et liikmesriikidevahelist kaubandust mõjutaksid ametiasutuste antud eelised, mis erinevates vormides kahjustavad või ähvardavad kahjustada konkurentsi, soodustades teatud ettevõtjaid või teatud kaupade tootmist.

35 Et hinnata, kas riigi võetud meede on riigiabi, tuleb seega kindlaks teha, kas ettevõtja, kelle suhtes meede võeti, saab mingi majandusliku eelise, mida ta tavalistes turutingimustes ei oleks saanud (Euroopa Kohtu 11. juuli 1996. aasta otsus kohtuasjas C-39/94: SFEI jt, EKL 1996, lk I-3547, punkt 60; eespool punktis 7 viidatud kohtuotsus WestLB, punktid 207 ja 243).

36 Samas ei saa asuda seisukohale, et arutluskäigus, mis viiakse läbi selleks, et tuvastada, kas tehing on tehtud turumajanduse tavatingimustes, peab kindlasti vaatlema ainult investorit või investeeringu saanud ettevõtjat, sest turumajandust iseloomustabki just erinevate majandustegurite omavaheline mõjutamine (eespool punktis 7 viidatud kohtuotsus WestLB, punkt 327). Lisaks ei tohiks selles arutluskäigus täielikult tähelepanuta jätta üleantud vara laadist tulenevaid piiranguid, sest võrdluse alusena tuleb arvesse võtta sellise erainvestori käitumist, kes on avalik-õigusliku investoriga võimalikult sarnases olukorras (vt selle kohta Euroopa Kohtu 16. mai 2002. aasta otsus C-482/99: Prantsusmaa *vs*. komisjon, EKL 2002, lk I-4397, punkt 70; 28. jaanuari

2003. aasta otsus kohtuasjas C-334/99: Saksamaa *vs.* komisjon, EKL 2003, lk I-1139, punkt 133, ja eespool punktis 7 viidatud kohtuotsus WestLB, punkt 270).

37 Eeltoodut arvestades on komisjon seda hinnates, kas ettevõtja sai eelise, mida ta turutingimustes ei oleks saanud, kohustatud tegema vaidlusalust tehingut ja selle konteksti puudutavate kõikide asjaolude, sh kasu saanud ettevõtja olukorra ja asjassepuutuva turu täieliku analüüsi (eespool punktis 7 viidatud kohtuotsus WestLB, punkt 251). Komisjon võib eriti uurida küsimust, kas sellises asjas nagu käesolev kohtuasi, oleks ettevõtja võinud samu eeliseid andvaid rahalisi vahendeid saada teistelt investoritelt, ja vajadusel küsimust, millistel tingimustel, kuna meede saab olla käsitletav riigiabina vaid siis, kui see paneb ettevõtja soodsamasse olukorda kui see, mis eksisteeriks ilma ametiasutuste sekkumiseta.

38 Lõpuks tuleb meenutada, et komisjoni hinnang küsimuses, kas investeering annab eelise, mida ettevõtja ei oleks saanud turult, hõlmab keerulist majanduslikku hinnangut. Komisjonil on sellist hinnangut sisaldava akti vastuvõtmisel lai kaalutlusõigus ning selle akti kohtulik kontroll – isegi kui üldjuhul on see täielik küsimuses, kas meede kuulub EÜ artikli 87 lõike 1 kohaldamisalasse – piirdub kontrolliga selle üle, kas järgitud on menetlusnorme ja põhjendamiskohustust, kas vaidlustatud valiku tegemisel aluseks võetud faktilised asjaolud on sisuliselt õiged, kas nende faktiliste asjaolude hindamisel ei ole tehtud ilmset hindamisviga või kas ei esine võimu kuritarvitamist (Üldkohtu 15. septembri 1998. aasta otsus liidetud kohtuasjades T-126/96 ja T-127/96: BFM ja EFIM *vs.* komisjon, EKL 1998, lk II-3437, punkt 81; 12. detsembri 2000. aasta otsus kohtuasjas T-296/97: Alitalia *vs.* komisjon, EKL 2000, lk II-3871, punkt 105, ja eespool punktis 7 viidatud kohtuotsus WestLB, punkt 282).

39 Enne hageja poolt vaidlustatud otsuse suhtes esitatud erinevate etteheidete uurimist tuleb uurida poolte argumente vaidlusaluse sissemakse üle peetud läbirääkimiste konteksti kohta.

1. *Vaidlusaluse sissemakse üle peetud läbirääkimiste kontekst*

40 Hageja väidab, et on väär järeldada, et Helabal ei olnud esimese taseme omavahenditesse sissemakse tegemist vaja ja et see sissemakse tehti eelkõige Saksamaa Liitvabariigi, eriti Liidumaa huvides.

41 Komisjon, keda toetavad Liidumaa ja Helaba, vaidleb kohtuasja konteksti sellisele esitlusele vastu.

42 Helaba olukorra osas tuleb märkida, et enne vaidlusaluse sissemakse tegemist oli tema esimese taseme omavahendite määr 5,4% ja bruto omavahendite määr 9,6%, mis ületasid mõlemad seaduses ettenähtud miinimummäära, vastavalt 4% ja 8% (vaidlustatud otsuse põhjendused 28 ja 32). Erinevalt WestLB asjast, millele hageja korduvalt viitab, ei teinud ükski 1998. aastal kehtinud õigusnormi muudatus kohustuslikuks Euroopa pankade omavahendite määra tõstmist. See, et Helaba määrad olid madalamad kui Saksa suurte eraõiguslike pankade omad, ei tähenda, et vaidlusalune sissemakse oli tema allesjäämiseks või samamahulise tegevuse jätkamiseks hädavajalik, sest ei saa eeldada, et kõik Saksamaa pangad, kellel ei ole suurte eraõiguslike pankade omavahendite määra, vajavad kapitalisüsti. Igal juhul ei esitanud hageja suurte eraõiguslike pankade 1998. aasta omakapitali määrasid, vaid ainult ajavahemiku 1984–1994 omad.

43 Eeltoodut arvestades tuleb asuda seisukohale, et Helabal oli uusi rahalisi vahendeid vaja ainult selleks, et saavutada oma äriplaanis ettenähtud tegevuse laiendamise eesmärgid. Lisaks sellele, et võimalike uute rahaliste vahendite mittesaamine oleks olnud

vaid takistus tema kasvule ega ohustanud tema allesjäämist või selle hetke tegevuse mahtu, vajas Helaba, nagu nähtub Saksamaa Liitvabariigi märkustest, mida on korratud vaidlustatud otsuse punktis 54, oma äriplaanis ettenähtud laiendamise eesmärgi saavutamiseks esimese taseme omavahendite suurendamist palju väiksemas summas kui vaidlusalune sissemakse või selle osad, mis olid ette nähtud etapiviisilises kavas.

44 Seda järeldust ei muuda Helaba nõukogu esimehe avaldused, mis avaldati Saksa pressis 1998. aastal ja millele hageja viitab. Nimelt ei saa Helaba sõltuvust vaidlusalusest sissemaksest kuidagi tuletada nõukogu esimehe kinnitusest, et „[k]ui rahvusvaheline areng seda lubab, soovi[ks] [Helaba erifondi] saada omavahenditena tasu eest, mis vastab turutingimustele". Samuti ei saa seda, et omavahendeid on kiirelt vaja, välja lugeda tema avaldusest, et „vähemalt pikaajalises perspektiivis tuleb uurida, kas Helaba omavahendeid ei tuleks juurde hankida".

45 Tõsi, nendest avaldustest nähtub, et Helaba oli vaidlusalusest sissemaksest huvitatud ning see pidi rahuldama tema omavahendite vajaduse mitmeks aastaks ja suurendama tema riskitegevust. Helaba tegi ettepaneku erifond vaikiva allutatud sissemakse vormis üle võtta just seetõttu, et ta lootis sellest kasu saada. Samas ei tähenda see, et ta vaidlusalusest sissemaksest sõltuv oli, või et ta ei oleks saanud esimese taseme omavahendeid juurde erainvestoritelt.

46 Liidumaa olukorra osas nähtub vaidlustatud otsusest ja toimikust, et ta soovis teenida lisatulu, kasutades sotsiaalelamuehituse abiks mõeldud erifondi muudel eesmärkidel, kuid et ta ei soovinud seda siiski müüa, et jääda seotuks abitegevusega, mida ta ei

tahtnud mitme isiku vahel jagada esiteks seetõttu, et käibefondina pidi see laenude tagasimaksete tulude abil end ise refinantseerima ja teiseks seetõttu, et sellest oleksid tekkinud kulud ja kadunud abi haldamise paindlikkus; samuti nähtub, et ta tahtis fondi haldamist korraldada tõhusamalt ja võimalikult kokkuhoidlikult (vaidlustatud otsuse punkt 20).

47 Helaba kinnitas, et ta on valmis kogu erifondi abiportfelli üle võtma ja seda haldama. Kuna Helaba haldas juba abifonde ja -programme ja kuna avalik-õigusliku pangana teostas Liidumaa tema järelevalvet ning Liidumaal olid parimad vahendid Helaba maksejõulisuse ja arengu järgimiseks, oli Liidumaa veendunud, et Helaba on parim partner. Ühistupangad näitasid küll erifondi vastu kohe üles huvi, kuid nad soovisid, et Liidumaa need müüks. Lisaks, hoolimata vaidlusaluse sissemakse väidetavalt väga väiksest tasust ja sellest, et Liidumaa kavatsus fond üle anda oli avalik – hageja sai sellest teada hiljemalt 1998. aasta suvel –, ei esitanud suured eraõiguslikud pangad erinevalt ühistupankadest konkureerivaid pakkumisi.

48 Seega tuleb analüüsida poolte argumente seda tausta arvestades ja tuvastada, kas komisjon on teinud ilmse hindamisvea, asudes sisuliselt seisukohale, et kulutused, mida Helaba pidi tegema seoses selle osaga fondist, mida ta võis kasutada oma äritegevuse jätkamise tagamiseks, ei olnud väiksemad kuludest, mida ta oleks kandnud samade eeliste saamiseks tavapärastes turutingimustes, ja et seega ei olnud vaidlusalune sissemakse riigiabi.

49 Arvestades, et hageja argument vaidlusaluse sissemakse väidetavalt väära kvalifitseerimise kohta vaikivaks allutatud sissemakseks ja väidetava liiga väikse tasu kohta

põhineb sissemakse väga suurel summal, ning arvestades, et komisjon väidab sellele argumendile vastu etapiviisilisele kavale tuginedes, tuleb seda küsimust arutada esimesena.

2. *Etapiviisilise kava arvessevõtmine*

a) Vaidlustatud otsus

50 Nagu märgitud eespool punktis 11, leidis komisjon, et tasu vaidlusaluse sissemakse selle osa eest, mis oli Helaba käsutuses tema äritegevuse jätkamise tagamiseks, tuleb eristada tasust sissemakse selle osa eest, mida Helaba erinevatel põhjustel selleks kasutada ei saanud.

51 Et kindlaks teha vaidlusaluse sissemakse osa, mis oli Helaba käsutuses tema äritegevuse jätkamise tagamiseks, nõustus komisjon arvesse võtma poolte vahel kokkulepitud etapiviisilist kava, mille kohaselt ei makstud vaidlusaluse sissemakse üleandmisele järgneva nelja aasta jooksul lepingus fikseeritud tasu 1,4% mitte kogu sissemakselt – v.a sotsiaalelamuehituse abistamise tagamiseks vajalik osa –, vaid eelnevalt kokkulepitud osadelt. Komisjon põhjendas etapiviisilise kavaga nõustumist esiteks sellega, et kuigi Helaba oleks fondi saanud tegelikult kasutada alates sissemakse tegemisest, teatas ta, et tal läheb oma äritegevuse jätkamise tagamiseks üleantud vara vaja etappide kaupa, ja teiseks sellega, et kokkulepitud osade piires võeti arvesse kapitali tegeliku kasutamise või mittekasutamise võimalikkust. Komisjon leidis, et Liidumaa olukorras olev erainvestor, kes ei soovi erifondi mitmeks jagada, ei oleks saanud nõuda kokkulepitud 1,4% määraga tasustatava kapitalibaasi kiiremat kasvu (vaidlustatud otsuse

põhjendused 143–146). Ta asus aga ka seisukohale, et vaidlusaluse sissemakse osa, mis ületas kokkulepitud osasid, tuli tasustada määraga 0,3% (vaidlustatud otsuse põhjendused 142, 191 ja 192).

b) Poolte argumendid

52 Hageja väidab, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, leides, et etapiviisilise kava kehtestamine on kooskõlas erainvestori kriteeriumiga. Ta on arvamusel, nagu nõustub ka komisjon ise, et küsimus, kas emitent tegelikult kasutab kogu summat oma äritegevuse jätkamise tagamiseks, on investori seisukohast tähtsusetu, sest viimasele on oluline see, et ta andis oma vara pangale üle, loobudes nii sellelt tulu teenimise võimalusest kui riskides selle kaotusega.

53 Põhjendused, mille komisjon esitas etapiviisilise kavaga siiski nõustudes, on tema hinnangul väärad.

54 Mis puudutab asjaolu, et Helaba teavitas Liidumaad sellest, et ta ei kasuta kohe algusest peale vaidlusaluse sissemakse kogusummat, siis märgib hageja, et kuigi Helaba käitus etapiviisilist kava nõudes majanduslikus mõttes mõistlikult, ei teinud seda Liidumaa, kuna erainvestor ei oleks neil asjaoludel osast tasust loobunud, vaid otsinud muid investeerimisvõimalusi, mis võimaldaksid tal tulu maksimeerida, või vaidlusaluse sissemakse vähemalt etappidena üle andnud vastavalt Helaba vajadustele. Kohtuistungil kinnitas aga hageja Üldkohtu küsimusele vastates, et käesolevas asjas ei ole vaja teada saada mitte seda, kas Liidumaa pidi erifondi etapiviisiliselt üle andma või üritama seda paigutada mujale, vaid seda, kas ta ei oleks pidanud nõudma tasu kogu üleantud varalt.

55 Hageja kinnitab, et vastupidi komisjoni väidetule ei järginud komisjon otsustuspraktikat, mida ta kohaldas teistes Landesbankenite asjades. Ta väidab, et komisjoni hinnangul, mis oli väljendatud eespool punktis 7 viidatud kohtuotsuse WestLB aluseks olnud kohtuasjas esitatud kostja vastuses, ei annaks ükski erainvestor kapitali ettevõtja käsutusse osalise tasu eest vaid seetõttu, et see summa oli suurem kui ettevõtja tegelikud vajadused.

56 Asjaolu osas, et tasu tuli maksta osadena, milles pooled leppisid kokku sõltumata küsimusest, kas Helaba kasutas kogu üleantud summat, väidab ta, et lepingus ei olnud tingimust, mis keelaks Helabal kasutada oma tegevuse laiendamiseks vaidlusalust sissemakset suuremas ulatuses kui võrdluse aluseks võetud summad. Ta leiab seega, et nende võrdluse aluseks võetud summade kindlaksmääramine ei andnud Liidumaale eelist, sest oli ette nähtav, et Helaba kasutab tagatiseks suuremat summat. Hageja on ka arvamusel, et erainvestor oleks nõudnud tasu eelise eest, mille Helaba sai krediidireitingu tõusust seoses tema esimese taseme omavahendite kasvuga.

57 Komisjon, keda toetavad Liidumaa ja Helaba, nende argumentidega ei nõustu.

c) Üldkohtu hinnang

58 Esiteks tuleb märkida, nagu möönis kohtuistungil ka hageja ise, et küsimus, millised alternatiivsed investeerimisvõimalused oleksid võinud Liidumaale huvi pakkuda, ei ole käesolevas asjas asjakohane. Nimelt ei tule kindlaks teha mitte seda, kas Liidumaa oleks saanud erifondilt suuremat tootlust, kui ta selle teisiti või teise ettevõtjasse oleks

investeerinud, vaid seda, kas kokkulepitud tingimustel erifondi investeerimine Helabasse andis Liidumaale eelise, mida ta muidu ei oleks saanud.

59 Edasi tuleb märkida, et poolte vahel puudub vaidlus selles, et erainvestor, kes annab oma kapitali pangale üle sissemaksena tema esimese taseme omavahenditesse ja loobub seeläbi selle kasutamisest ning võtab riski see kapital kaotada, nõuaks tasu kogu üleantud kapitali eest. Komisjon asus seega vaidlustatud otsuses seisukohale, et tasu oleks tulnud maksta kogu vaidlusaluse sissemakse eest alates erifondi Helabale üleandmise esimesest päevast, kuna alates sellest päevast tekkis Liidumaal risk kapital kaotada ja Helaba sai võimaluse sellelt tulu teenida (vaidlustatud otsuse põhjendused 142, 155, 191 ja 192).

60 Komisjon asus aga ka seisukohale, et erainvestor oleks nõustunud tasuga, millel on kaks erinevat intressimäära vastavalt vaidlusaluse sissemakse mõlema osa eesmärgile (vaidlustatud otsuse põhjendused 142, 143 ja 191–193). Komisjon leidis, et erainvestor oleks esiteks nõustunud tasuga, milles Liidumaa ja Helaba kokku leppisid selle vaidlusaluse sissemakse osa eest, mida viimane võis kasutada oma äritegevuse laiendamiseks, ja teiseks nõudnud 0,3% määraga tasu ülejäänud vaidlusaluse sissemakse osa eest just krediidireitinguga seotud eelise eest, mille Helaba saab alates erifondi esimese taseme omavahenditesse üleandmise esimesest päevast. Arvestades, et Liidumaa ei nõudnud tasu vaidlusaluse sissemakse osa eest, mida Helaba äritegevuse laiendamiseks kasutada ei võinud, järeldas komisjon, et alates 31. detsembrist 1998 kuni 31. detsembrini 2003 anti riigiabi summas 6,09 miljonit eurot ning kohustas Saksamaa Liitvabariiki seda abi tagasi nõudma.

61 Hageja kritiseerib komisjoni hinnangut, mille kohaselt oleks käesoleva asja asjaoludel erainvestor nõustunud etapiviisilise kavaga ja järelikult sellega, et kuna esimestel aastatel võis üht osa kapitalist – nimelt vaidlusaluse sissemakse osa, mis ületas

etapiviisilises kavas ettenähtud osasid ja mis ei olnud vajalik erifondist sotsiaalelamuehituse abistamise tagamiseks – kasutada järelevalve seisukohast Helaba äritegevuse tagamiseks, ei tasustata seda sama määraga mis ülejäänud fondi.

62 Esiteks väidab ta, nagu komisjon seda ka ise möönab vaidlustatud otsuses ja kinnitab WestLB asjas, et erainvestor ei oleks nõus sellega, et tema investeeringu tootlus sõltuks esimese taseme omavahendite sellest summast, mida tegelikult kasutatakse.

63 Tuleb märkida, et poolte kokkulepitud tasu baas ei sõltu isegi vaidlusaluse sissemakse üleandmisele järgnenud esimestel aastatel sissemakse sellest osast, mida tegelikult kasutati. Vaidlustatud otsusest nähtub nimelt, et Helaba oli kohustatud Liidumaale tasu maksma sissemakse kõigi osade eest, olenemata nende tegelikust kasutamisest tema äritegevuse laiendamiseks. Etapiviisilise kava kohaldamise perioodi lõpus, st alates 2003. aastast tuli poolte vahel kokkulepitud tasu hakata maksma vaidlusaluse sissemakse kogusummalt, v.a osalt, mis pidi tagama sotsiaalelamuehituse abistamise tegevuse jätkumise, sõltumata summast, mida Helaba oma äritegevuse tagamiseks tegelikult kasutas. Vaidlustatud otsus on seega kooskõlas põhimõttega, millele tuginеb hageja, et erainvestor ei nõustuks, et tema tootlus sõltub omavahendite summast, mida tegelikult kasutatakse.

64 Teiseks kinnitab hageja, et investori seisukohast ei ole tähtsust sellel, et komisjon eristas seda, et kapitali ei pruugita tegevuse laiendamiseks kasutada nagu käesolevas asjas, sest pank teatas juba ette, et tal ei ole seda vaja ja et ta seda ei kasuta, sellest, et kapitali võidakse vabalt kasutada – mõlemal juhul kapitali investori käsutuses enam ei ole. Ta on seisukohal, et igal juhul ei kaitse Liidumaa ja Helaba vahel sõlmitud

leping Liidumaa huve, kuna selles ei ole ette nähtud Helaba kohustust kasutada üleantud summat ainult kokkulepitud osade ulatuses.

65 Hageja väite osas, et investori seisukohast ei ole mingit tähtsust asjaolul, et Helaba teatas, et tal ei ole kohe kogusummat vaja, tuleb meenutada, et väljakujunenud kohtupraktika (vt eespool punkt 36) kohaselt ei saa seda, kas tehing on tehtud turumajanduse tavatingimustes, hinnata vaid investori seisukohast, vaid see hinnang tuleb anda erinevate majandustegurite omavahelist mõju ja tehingu tausta silmas pidades.

66 Hageja ei esita argumente, millest saaks järeldada, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, tuvastades, et käesolevas asjas arutluse all olevas olukorras – mida iseloomustab esiteks see, et Liidumaa soovis investeerida mittelikviidset vara, mida ta ei soovinud osadeks jagada, ja teiseks see, et Helabal ei olnud lühi- ega keskmiselt pikemaajalises perspektiivis vaja nii suurt kapitali kui oli erifond – ei oleks erainvestor suutnud saada pangalt kohest tasu kogu vaidlusaluse sissemakse eest määraga, mis oli panga äritegevuse laienemisega seotud tasu määr. Vastupidi, hageja ise kinnitab, et etapiviisilise kava kehtestamist nõudes käitus Helaba tõenäoliselt mõistlikult.

67 Igal juhul ei ole ilmselt väär järeldada, et pank ei nõustuks maksma määra, mis oli panga äritegevuse laienemisega seotud tasul, selle sissemakse osa eest, mille suhtes ta teab ette, et ta ei suuda seda nimetatud otstarbel kasutada. Nimelt, kuigi see sissemakse osa, nagu märgib komisjon, võimaldab tal tugevdada oma maksevõimet või vältida selle vähenemist ning järelikult vähendada või säilitada oma finantseerimiskulusid, ei võimalda see tal teenida uutest tehingutest saadavat täiendavat tulu.

68 Käesoleva asja asjaoludel oleks erainvestor Liidumaa olukorras arvesse võtnud seda, et kuna Helabal ei olnud järelevalve seisukohast võimalik oma äritegevuse laiendamiseks kasutada kohe kogu üleantud sissemakset, siis see osa sissemaksest, mida ta kasutada ei saanud, ei täitnud tema jaoks sama majanduslikku funktsiooni kui see sissemakse osa, mida ta sai kasutada.

69 Tõsi, see asjaolu ei õigusta Liidumaa loobumist tasust selle sissemakse osa eest, mida Helaba kasutada ei saanud, kuid mis oli talle siiski üle antud, et vältida erifondi mitmeks jagamist. Kuna see sissemakse osa tagas Helaba võlgnevusi alates üleandmise esimesest päevast, kaasnes sellega ka samast hetkest teatud kaotuse risk ning see andis ka Helabale eelise krediidireitingu ja maine suhtes. Komisjon leidis, et selle vaidlusaluse sissemakse osa eest oleks tulnud maksta tasu 0,3% aastas, mis oleks just tasu Liidumaa riski ja Helaba saadud eelise eest.

70 Asjaolu osas, et lepingus ei olnud ette nähtud tingimust, mille kohaselt Helabal ei olnud õigust äritegevuse laiendamiseks kasutada kokkulepitud sissemakse osasid ületavaid summasid, tuleb märkida, et see ei muuda ilmselgelt vääraks komisjoni hinnangut, et kokkulepitud osasid ületav vaidlusaluse sissemakse osa ei täitnud äritegevuse laiendamise funktsiooni. Nimelt tuleb märkida, et Liidumaa saavutas selle, et sissemakse osad olid palju suuremad kui Helaba äriplaanis kajastatud kapitalivajadus, ning ta tagas sellega, et neid sissemakse osasid ei ületataks. Saksamaa Liitvabariigi märkustest, mis on välja toodud vaidlustatud otsuse põhjenduses 54 ning mida kinnitavad hageja ja Helaba oma kirjalikes märkustest, nähtub, et etapiviisilise kava osade suurused olid umbes 384 miljonit eurot (1999), 614 miljonit eurot (2000), 818 miljonit eurot (2001) ja 1,02 miljardit eurot (2002), kuigi iga-aastase kasvuprognoosi kohaselt oli pangal vaja umbes 150 miljonit eurot aastas.

71 Lõpuks tuleb märkida, et hageja, kes annab keskse tähtsuse Liidumaa investori staatusele, ei selgita, kuidas komisjoni lahendus, mille kohaselt komisjon nõustus etapiviisilise kavaga ja määras 0,3% tasu sissemakse sellelt osalt, mis ületas kokkulepitud kasutatavaid summasid, annab Helabale sellise konkurentsieelise, mida see ei oleks turutingimustes saanud.

72 Komisjon ei ole seega teinud ilmset hindamisviga, tuvastades, et käesoleva asja asjaoludel ei anna see, et ajavahemikul 1999–2002 ei maksnud Helaba äritegevuse laiendamisel kohast tasu sellelt kapitali osalt, mis küll järelevalve seisukohast oli äritegevuse tagamiseks kasutatav, kuid mida selleks ei kasutatud, Helabale eelist, mida ta ei oleks turutingimustes saanud.

73 Seda järeldust ei muuda hageja argument, et komisjoni nõustumise tõttu etapiviisilise kavaga kaldus komisjon käesolevas asjas kõrvale oma varasemast otsustuspraktikast, eriti seisukohast, mida ta kaitses kohtumenetluses, mis puudutas 1999. aasta otsust WestLB. Nimelt tuleb selle kohta märkida, et selle otsuse on Üldkohus tühistanud eespool punktis 7 viidatud kohtuotsuses WestLB ja et pärast seda tühistamist komisjoni poolt vastu võetud otsus, nimelt 20. oktoobri 2004. aasta otsus Saksamaa abi kohta Westdeutsche Landesbank – Girozentralele (WestLB), nüüd WestLB AG-le (ELT 2006, L 307, lk 22, edaspidi „2004. aasta otsus WestLB"), ei kohusta enam suurendama tasumäära, mida komisjon oli hageja viidatud argumendis õigustanud. Igal juhul ei saa järeldada, et komisjon nõustus sellega, et Liidumaa saab vaid osalist tasu vaidlusaluse sissemakse selle osa eest, mida järelevalve seisukohast sai kasutada Helaba äritegevuse laiendamiseks. Nimelt leidis ta sisuliselt, et kompromissi tulemusena, milleks oli etapiviisiline kava, ei jätnud Liidumaa üleantud vara kasutamist Helaba äriotsustuseks ja et 0,3% tasu määramisega vaidlusaluse sissemakse selle osa eest, mis ületas ettenähtud kasutatavaid summasid, ei saanud ta osalist tasu, vaid kohast tasu sissemakse iga osa eest vastavalt sellele, mis roll vastaval sissemakse osal Helaba jaoks oli.

74 Eeltoodust tuleneb, et käesolev etteheide tuleb tagasi lükata.

3. *Etteheide, et komisjon on vaidlusaluse sissemakse vääralt kvalifitseerinud „normaalseks" vaikivaks allutatud sissemakseks, mitte investeeringuks aktsiakapitali*

a) Vaidlustatud otsus

75 Komisjon võtab talle esitatud argumendid kokku märkuses, et hageja hinnangul on „ainuke […] Helabale kättesaadav juriidiline vorm […] aktsiakapital" ja seetõttu oli vaidlusalune sissemakse käsitletav „„[normaalse" vaikiva allutatud sissemakse] kuritarvitamisena". [täpsustatud tõlge] Ta märgib ka, et hageja hinnangul oli vaidlusalune sissemakse majanduslikus mõttes nii sarnane aktsiakapitaliga, et investor oleks nõudnud intressi, mis vastab tasule aktsiakapitali eest. Samas Saksamaa Liitvabariigi arvates oli „teine võimalik juriidiline vorm piiramatu [tähtajaga (tähtajatu) vaikiv allutatud sissemakse]" (vaidlustatud otsuse põhjendused 127 ja 128). [täpsustatud tõlge]

76 Esiteks võtab komisjon arvesse, et vaikiv allutatud sissemakse oli Helaba ja Liidumaa vahel sellena sõnaselgelt defineeritud ja et seda tunnustasid sellena ka Saksa pädevad ametiasutused (vaidlustatud otsuse põhjendus 129).

77 Teiseks kinnitab komisjon, et mis puudutab riskianalüüsi, siis on vaidlusalune sissemakse sarnasem „normaalsele" vaikivale allutatud sissemaksele, mis on tähtajaline, kui sissemaksele aktsiakapitali. Ta leiab, et selles suhtes on määrava tähtsusega

asjaolu, nagu Saksamaa Liitvabariik ühele ekspertaruandele tuginedes selgitas, et vaidlusalune sissemakse, nagu muud „normaalsed" vaikivad allutatud sissemaksed, makstakse tagasi enne aktsiakapitali. Ta lisab, et nii Liidumaa kui investor, kes teeb tähtajalise vaikiva allutatud sissemakse, saavad nii kaua kui ettevõtja ei saa kahjumit, kogu kokkulepitud tasu, samas kui aktsiakapitali investeerinud investoril on õigus vaid dividendidele proportsionaalselt teenitud kasumiga (vaidlustatud otsuse põhjendused 130–132).

78 Kolmandaks selgitab komisjon, miks ei ole tema arvates hageja poolt haldusmenetluses esitatud argumendid selle järelduse ümberlükkamiseks piisavad.

79 Nii lükkas komisjon esiteks ümber hageja argumendi, nagu tehti WestLB asjas, et vaidlusalust sissemakset tuleks võrrelda investeeringuga aktsiakapitali tema suuruse tõttu, sest see suurendas pikaajaliselt Helaba esimese taseme omavahendeid peaaegu 50% võrra. Ta märgib, et Helaba oleks saanud hõlpsalt oma kapitalivajaduse ajavahemikuks 1998–2002 katta mitme väiksema vaikiva allutatud sissemakse kaudu, mille ta oleks saanud teatavate ajavahemike järel erinevatelt institutsioonilistelt investoritelt (vaidlustatud otsuse põhjendus 133).

80 Teiseks lükkab komisjon ümber hageja argumendi, et asjaolu, et vaidlusaluse sissemakse üleandmise järel ei ole aktsiakapitali osakaal Helaba brutoomavahendites (edaspidi „aktsiakapitali puhver") üle 50%, samas kui eraõiguslike krediidiasutuste puhul on see üle 80%. Komisjon leidis, et see asjaolu ei tingi järeldust, et erainvestor ei oleks vaidlusalust sissemakset teinud, sest Saksamaa Liitvabariik tõendas, et regionaalpangad said tihti vaikivaid allutatud sissemakseid üle 15% piirmäära ja seda osaliselt erainvestoritelt (vaidlustatud otsuse põhjendus 134).

81 Kolmandaks, mis puudutab vaidlusaluse sissemakse püsivaid tagajärgi riskitasemele, siis lükkas komisjon ümber hageja argumendid, mille kohaselt olid institutsioonilised investorid valmis omandama üksnes kindla tähtajaga kapitali segainstrumente või instrumente, mille puhul võis eeldada nende tagasisaamist, sest väljamaksemäär järkjärgult suureneb. Ta leiab, et sissemakse tähtajatus tekitab investorile eeskätt riski, et ta ei saa turul toimuva intressimäära tõusu pealt tulu teenida, kuid sellel ei ole mõju investeeringu kaotamise riskile. Ta järeldab sellest, et vaidlusaluse sissemakse tähtajatus ei õigusta käesolevas asjas seda, et kokkulepitud tasu kohase taseme kontrollimisel tuleks seda sissemakset pidada vaikiva allutatud sissemakse asemel sissemakseks aktsiakapitali (vaidlustatud otsuse põhjendused 136 ja 138).

82 Komisjon järeldab sellest, et Liidumaa erifondi kaasamine toimus „kahtlemata vaikiva [allutatud sissemakse] juriidilises vormis, millel on märksa rohkem ühist teiste vaikivate [allutatud sissemaksetega kui investeeringuga aktsiakapitali]". [täpsustatud tõlge] Ta kinnitab, et „[tema] arvates [ei ole]" piisavalt tõendeid [kuritarvitamise kohta tegelikult aktsiakapitali tehtud sissemakse kvalifitseerimisel vaikivaks allutatud sissemakseks]. [täpsustatud tõlge] Ta leiab, et „[vaidlusaluse sissemakse] eest tasu maksmise aluseks on seega „normaalsed", st ajaliselt piiratud [vaikivad allutatud sissemaksed], mille suurus on turul leiduvatele varadele tüüpiline ja mille tasu pealt võidakse nõuda ka lisatasu" (vaidlustatud otsuse põhjendus 139). [täpsustatud tõlge]

b) Poolte argumendid

83 Hageja väidab, et vaidlusalust sissemakset ei oleks tulnud kvalifitseerida „normaalseks" vaikivaks allutatud sissemakseks ja järelikult ka järeldada, et tasu ei tulnud võrrelda turule emiteeritud tähtajalise vaikiva allutatud sissemakse tasuga.

84 Ta toonitab, et komisjon uuris, kas pooled kvalifitseerisid pahatahtlikult vaidlusaluse sissemakse vaikivaks allutatud sissemakseks, mitte investeeringuks aktsiakapitali ja analüüsis vaid teisejärgulisena vaidlusaluse sissemakse majanduslikku laadi. Ta märgib, et see põhjendus on vigane, sest käesolevas asjas ei tule kindlaks teha mitte seda, kas esines kuritarvitust, vaid seda, kas majanduslikus mõttes sarnanes vaidlusalune sissemakse pigem muudele turul tehtud vaikivatele allutatud sissemaksetele või investeeringule aktsiakapitali.

85 Hageja on seisukohal, et vastupidi komisjoni järeldusele on vaidlusalune sissemakse nii õiguslikult kui majanduslikult erinev äriõiguses määratletud vaikiva allutatud sissemakse mudelist või turul tehtud tähtajalistest vaikivatest allutatud sissemaksetest, mida tunnustatakse esimese taseme omavahendina, ning et sellel on eripärane struktuur, mis ei võimalda teda võrrelda nende vaikivate allutatud sissemaksetega, mida komisjon võrdluses kasutas. Ta on ka seisukohal, et komisjon ei vaadelnud oma hinnangu andmisel küsimust selle momendi aspektist, mil vaidlusaluse sissemakse tehti, hinnates puudulikult sel ajal valitsenud turuolukorda.

86 Mis puudutab esiteks vaidlusaluse sissemakse õiguslikku eripära, siis väidab hageja, et nimetatud sissemakse ei ole formaal-juriidiliselt „normaalne" vaikiv allutatud sissemakse Saksa äriühinguõiguse tähenduses, eriti seetõttu, et see määratleti seaduses sätestatud tingimustele ja Sydney deklaratsioonile vastavana selleks, et sissemakset saaks käsitleda Helaba esimese tasandi omavahendite osana üle 15% piirmäära.

87 Teiseks, mis puudutab vaidlusaluse sissemakse majanduslikku eripära, siis toob hageja välja viis tunnust – suurus, käsitletavus tagatisena, tootlikkuse laad, investeeritud

kapitali kaitse ning investeerimise kestus ja võõrandamise võimatus –, mille tõttu on vaidlusaluse sissemakse risk omane pigem investeeringule aktsiakapitali kui tähtajalisele vaikivale allutatud sissemaksele.

88 Kolmandaks, mis puudutab vaidlusaluse sissemakse tegemise ajal valitsenud turuolukorda, siis väidab hageja, et komisjon rikkus erainvestori kriteeriumi, valides võrdluse aluseks väära ajavahemiku. Ta leiab, et komisjon tugines oma järeldustes, mille kohaselt tuli vaidlusalust sissemakset võrrelda tähtajaliste vaikivate allutatud sissemaksetega, teabele eraõiguslike pankade praktika kohta vaidlusaluse sissemakse tegemisele järgnenud perioodil.

89 Hageja vaidleb vastu ka komisjoni kinnitustele, mille kohaselt esiteks eksisteeris vaidlusaluse sissemakse tegemise ajal Saksamaal kapitali segainstrumentide arenev turg, ja teiseks oleks Helaba saanud oma kapitalivajaduse rahuldada vaikiva allutatud sissemakse emiteerimisel palju väiksemate osadena. Ta väidab eriti, et teada ei ole vaja saada mitte seda, mida Helaba oleks võinud kapitali saamiseks teha, vaid seda, kas erainvestor oleks teinud samalaadse ja samade tingimustega sissemakse kui oli vaidlusalune sissemakse.

90 Komisjon ja menetlusse astujad vaidlevad nendele argumentidele vastu.

c) Üldkohtu hinnang

91 Esiteks tuleb selgitada poolte seisukohta küsimuses, mis tähtsus on Helaba ja Liidumaa poolt vaidlusalusele sissemaksele valitud õiguslikul vormil käesoleva vaidluse lahendamise aspektist.

92 Vaidlustatud otsusest, täpsemalt selle põhjendustest 127, 128 ja 139 (vt eespool punktid 75 ja 82) nähtub, et komisjon tõlgendas hageja poolt haldusmenetluses esitatud argumente kui selliseid, mille eesmärk oli tõendada, et vaikiva allutatud sissemakse õigusliku vormi kasutamine oli kuritarvitamine.

93 Hagiavalduses vaidleb hageja sellele tõlgendusele vastu ja väidab, et ta ei ole kunagi olnud seisukohal, et vaidlusalune sissemakse on õiguslikult aktsiakapital. Ta märgib, et tema poolt haldusmenetluses esitatu kohaselt erines vaidlusalune sissemakse oma konkreetselt ülesehituselt majanduslikus mõttes vaikivast allutatud sissemaksest, sarnanedes tugevalt aktsiakapitalile, mistõttu oleks erainvestor selle sissemakse eest nõudnud tasu, mis on kohane aktsiakapitali riski laadile. Lisaks analüüsib ta vaidlusaluse sissemakse õiguslikku laadi ja väidab, et komisjoni seisukoha, et vaidlusalune sissemakse on võrreldav „normaalse" vaikiva allutatud sissemaksega, lükkab ümber selle sissemakse õigusliku struktuuri põhjalikum analüüs ja et sellel sissemaksel on olulisi eripärasid võrreldes „normaalse" vaikiva allutatud sissemaksega, mille tunnused on määratletud äriõiguses.

94 Poolte esitatud kõigist menetlusdokumentidest nähtub aga, et küsimus, kas komisjon tõlgendas hageja poolt haldusmenetluses esitatud argumente õigesti, ei ole tegelikult käesoleva kohtuasja ese. Nimelt tuleneb poolte argumentidest, et vaidlus puudub selles, et Liidumaa ja Helaba määratlesid vaidlusaluse sissemakse õiguspäraselt vaikivaks allutatud sissemakseks ning Saksamaa pädevad ametiasutused seda sellena ka tunnustasid. Samuti puudub vaidlus selle üle, et vaidlusaluse sissemakse eripärad ei takistanud Liidumaad ja Helabat kasutamast vaikiva allutatud sissemakse õiguslikku vormi.

95 Pooled keskenduvad vaidlusaluse sissemakse kvalifitseerimist puudutavates argumentides, mis on seotud võrdluse aluseks olevate tehingute kindlaksmääramisega, küsimusele, kas sissemaksel oli riski laadi seisukohast niisugune sarnasus aktsiakapitaliga, et erainvestor oleks nõudnud aktsiakapitali sissemaksele vastavat tasu, või on see siiski sarnasem tähtajalisele vaikivale allutatud sissemaksele ja seega esimese

tasandi omavahendite osa, mistõttu võis selle eest makstavat tasu võrrelda nimetatud allutatud sissemaksetelt makstava tasuga.

96 Selle kohta tuleb märkida, et vaidlusaluse sissemakse võrdlus muude kapitali segainstrumentidega on majanduslikult keerukas küsimus, mille lahendamisel on komisjonil lai kaalutlusõigus (eespool punktis 7 viidatud kohtuotsus WestLB, punkt 351).

97 Lisaks, vaidlusaluse sissemakse kvalifitseerimine tähtajaliseks vaikivaks allutatud sissemakseks või investeeringuks aktsiakapitali on vaid analüütiline vahend, mida komisjon EÜ artikli 87 lõike 1 kohaldamisel kasutas (vt selle kohta eespool punktis 7 viidatud kohtuotsus WestLB, punkt 250).

98 Komisjoni asjakohase hinnangu alusel ei saa seega automaatselt kindlaks teha riigiabi andmist või selle ulatust; see võimaldab komisjonil vaid määratleda hinnangu lähtepunkti, milles arvestatakse, millistel tingimustel tegid erainvestorid võimalikult sarnaseid tehinguid. Komisjoni järeldus selles küsimuses ei vabastada teda seega kohustusest analüüsida igakülgselt vaidlusalust tehingut ja selle tausta puudutavaid asjaolusid, sealhulgas abi saanud ettevõtja olukorda ja asjassepuutuvat turgu, et kontrollida, kas abi saanud ettevõtja saab majandusliku eelise, mida ta tavapärastes turutingimustes ei oleks saanud (vt selle kohta eespool punktis 7 viidatud kohtuotsus WestLB, punktid 251 ja 257).

99 Analüüsida tuleb poolte argumente vaidlusaluse sissemakse erinevate tunnuste kohta, uurides kõigepealt nimetatud tunnuseid puudutavaid neid argumente, millele komisjon peamiselt tugines, kui ta järeldas, et vaidlusaluse sissemakse eest makstavat tasu tuleb võrrelda tähtajaliste vaikivate allutatud sissemaksete eest makstavate tasudega; seejärel tuleb uurida nimetatud tunnuseid puudutavaid neid argumente, mida komisjon ei pidanud sellisteks, mis eespool märgitud võrdlust takistaksid, ja lõpuks tuleb

uurida nimetatud tunnuseid puudutavaid neid argumente, mida haldusmenetluses ei esitatud ja mida vaidlustatud otsuses ei käsitletud. Samuti tuleb analüüsida hageja kriitikat komisjoni poolt erainvestori kriteeriumi kohaldamiseks arvessevõetud võrdlusperioodi kohta.

Tunnused, millele komisjon tugines, järeldades, et vaidlusaluse sissemakse eest makstavat tasu tuleb võrrelda tähtajaliste vaikivate allutatud sissemaksete eest makstavate tasudega

– Investeeringu kaotamise risk pankroti või likvideerimise korral

100 Komisjon asus seisukohale, et pankroti või likvideerimise korral on vaidlusalune sissemakse sama riskitasemega nagu turul olevad tähtajalised vaikivad allutatud sissemaksed, sest sellises olukorras tuleks see tagasi maksta enne aktsiakapitali. Selles küsimuses tugines ta lepingu sätetele ning Saksamaa Liitvabariigi esitatud ekspertaruandele (vaidlustatud otsuse põhjendus 131).

101 Seda küsimust reguleerivad lepingu punktid 3 ja 9. Punkti 3 „Osalemine kahjumi kandmises" alapunktis 2 on märgitud:

„[S]issemakse tegija nõuete rahuldamine võrreldes omavahenditesse [Kreditwesengesetz] § 10 tähenduses investeeringu teinud teiste investorite nõuetega toimub pangale kapitali üleandmise kronoloogilises järjekorras, mistõttu on prioriteet eelnevalt üleantud omavahenditest tekkivatel nõuetel. Kui kapital antakse üle samal ajal, rahuldatakse nõuded osades, mida nad esindavad riskiomakapitalis [Kreditwesengesetz] § 10 lõigete 4 ja 5 tähenduses. [Kreditwesengesetz] § 10 lõike 4 kohaselt üle

antud sissemaksete puhul võetakse aluseks sissemaksete tegemise kuupäev, samas kui kasumist osa saamise õiguse seisukohast võetakse aluseks nende kehtima hakkamise kuupäev".

102 Punktis 9 „Madalam järjekoht" on märgitud:

„Panga pankroti või likvideerimise korral rahuldatakse nõuded – v.a […] artikli 3 lõikes 2 sätestatud juhul – alles pärast panga kõigi ülejäänud võlausaldajate nõuete rahuldamist, v.a erainvestorid, kelle nõuded on madalamal järjekohal vastavalt [Kreditwesengesetz] §-le 10."

103 Saksamaa Liitvabariigi esitatud ekspertaruandes on märgitud:

„Lepingu punkti 3 alapunkt 2 ei muuda võrreldes seaduses ettenähtuga panga allesjäänud varadest vaikiva allutatud sissemakse tagasimaksmise järjekohta panga pankroti või likvideerimise korral. Just seda näitab esiteks punkti ülesehitus, mis teises lauses mainib ainult omakapitali [Kreditwesengesetz] § 10 lõigete 4 ja 5 tähenduses ja mis kolmandas lauses määratleb selle punkti jaoks kronoloogilise järjekorra moodustamisel aluseks võetava kuupäeva vaid vaikivate allutatud sissemaksete ja kasumist osa saamise õiguste suhtes."

104 Hageja väidab esiteks, et kuigi vaikivad allutatud sissemaksed tuleb tagasi maksta enne aktsiakapitali, jääb küsimus, kas see kehtib ka vaidlusaluse sissemakse suhtes, lepingu tekstis lahtiseks. Samuti leiab ta, et talle ei ole teada, millistele andmetele tugines komisjoni viidatud ekspertaruande autor, järeldades – vastuolus lepingu tekstiga –, et vaidlusalune sissemakse tuleb tagasi maksta enne aktsiakapitali. Repliigis kinnitab ta, et kuna vastavalt lepingu punkti 3 alapunktile 2 ja punktile 9 rahuldatakse esimese

taseme omavahendeid andnud võlausaldajate nõuded nende sissemaksete tegemise kronoloogilises järjekorras, pidi Liidumaa lähtuma põhimõttest, et tema nõue rahuldatakse Helaba pankroti või likvideerimise korral viimasena, ja mitte ainult pärast „tavapäraste" võlausaldajate nõuete rahuldamist vaid ka pärast esimese taseme omavahendeid andnud kõigi võlausaldajate nõuete rahuldamist ja seega ka pärast aktsiakapitali investeerinud võlausaldajate nõuete rahuldamist.

105 Selle kohta tuleb märkida esiteks, et lepingus ei ole sõnaselgelt ette nähtud, et vaidlusalune sissemakse makstakse tagasi alles pärast aktsiakapitali, ja teiseks, et lepingu punkti 3 alapunktis 2 esitatud viide „omavahenditesse [Kreditwesengesetz] § 10 tähenduses investeeringu teinud teiste[le] investorite[le]" tekitab tõlgendamisraskusi küsimuses, kas eelnevalt üleantud kapitaliga seotud nõuete rahuldamise järjekord puudutab ka sissemakseid aktsiakapitali.

106 Esiteks tuleb märkida, et kuigi hageja kinnitab oma menetlusdokumentide teatud osades, et lepingu kohaselt tuleb vaidlusalune sissemakse tagasi maksta pärast aktsiakapitali, kinnitab ta ka hagiavalduses, et siiski ei saa vastata küsimusele, kas kokkulepitud reegel, et vaikivad allutatud sissemaksed makstakse tagasi enne aktsiakapitali, kehtib ka vaidlusaluse sissemakse suhtes. Teiseks, olenemata sellest, et Üldkohtu palvel edastati hagejale komisjoni viidatud ekspertaruanne, ei ole ta esitanud argumente, millega vaieldaks vastu ekspertaruande autori tõlgendusele, et lepingu punkti 3 alapunktis 2 esitatud viidet „omavahenditesse [Kreditwesengesetz] § 10 tähenduses investeeringu teinud teiste[le] investorite[le]" tuleb mõista selle punkti teise ja kolmanda lause kontekstis, mis puudutavad vaikivaid allutatud sissemakseid ja omakapitalis osalust andvaid muid väärtpabereid ning mitte aktsiakapitali.

107 Neid asjaolusid arvestades tuleb asuda seisukohale, et hageja argumendid ei võimalda kindlaks teha, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, tuvastades, et Saksamaa Liitvabariigi esitatud ekspertarvamust arvestades tuleb pankroti või likvideerimise korral vaidlusalune sissemakse tagasi maksta enne aktsiakapitali. Ilmse hindamisvea

esinemise tõendamiseks ei piisa ainult asjaolust, et hageja tõlgendab lepingut ekspertaruandest, komisjonist ja vaidlusaluse sissemakse tehingu pooltest erinevalt.

108 Hageja väidab teiseks, et isegi kui vaidlusalune sissemakse tulebki tagasi maksta enne aktsiakapitali, on selle kaotamise risk sarnane aktsiakapitali riskile, kuna praktika näitab, et pankroti korral jäävad madalama järjekohaga nõuete võlausaldajate ja aktsiakapitali investeerijate nõuded rahuldamata.

109 Piisab märkimisest, et isegi kui eeldada, et mis tahes panga pankroti korral kaotaksid nii aktsiate omanikud kui madala järjekohaga nõuete võlausaldajad oma kapitali täielikult – millele komisjon ja menetlusse astujad vastu vaidlevad – on see tunnus omane kõigile vaikivatele allutatud sissemaksetele, mis on tehtud esimese taseme omavahenditesse, kuna nendest tulenevatel nõuetel on kõigil madal järjekoht. Järelikult ei erista see vaidlusaluse sissemakse tunnus – isegi kui see on omane aktsiakapitalile – teda esimese taseme omavahenditena tunnustatud vaikivatest allutatud sissemaksetest.

110 Eeltoodut arvestades tuleb asuda seisukohale, et hageja argumendid ei anna alust otsustada, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, tuvastades, et pankroti või likvideerimise seisukohast on vaidlusalune sissemakse sama riskitasemega kui vaikiv allutatud sissemakse.

– Tootluse laad

111 Komisjon leiab, et vaidlusalune sissemakse on normaalne vaikiv allutatud sissemakse selles mõttes, et Liidumaa saab sarnaselt tähtajalise vaikiva allutatud sissemakse teinud investorile kogu kokkulepitud tasu seni, kuni ettevõtja ei saa kahjumit, samas kui

aktsiakapitali investeerinud investoril on õigus vaid dividendidele proportsionaalselt teenitud kasumiga (vaidlustatud otsuse põhjendus 132).

112 Hageja kritiseerib seda hinnangut ja väidab, et aktsiakapitali ja vaikiva allutatud sissemakse suhtes võib kasutada nii fikseeritud kui muutuvat tasu ja nii üks kui teine võib osutuda kasulikumaks sõltuvalt panga tulemustest. Ta märgib selle kohta, et WestLB asjas võrdles komisjon asjassepuutuvat tehingut investeeringuga aktsiakapitali, olenemata sellest, et selles asjas oli tegemist fikseeritud tasuga. Ta lisab, et igal juhul on investori seisukohast peamine vastata küsimusele, kas tasu maksmine sõltub kasumi teenimisest. Ta leiab, et käesolevas asjas on see nii, sest Liidumaa saab kogu tasu vaid siis, kui Helaba kasum on vähemalt võrdne tasuga ning seda ei ole vaja omavahendite suurendamiseks.

113 Esiteks, mis puutub tasu fikseeritust või muutuvust, siis tuleb kõigepealt märkida, et käesolevas asjas ei ole vaja kindlaks teha mitte seda, milline variant on teatud konkreetses olukorras soodsam, vaid seda, kas komisjon on teinud ilmse hindamisvea, tuvastades, et asjaolu, et tehingu poolte vahel kokkulepitud tasu on fikseeritud tasu, mida üldjuhul tuleb maksta igal juhul siis, kui Helaba kahjumis ei ole ja mis muudab vaidlusaluse sissemakse sarnaseks pigem tähtajalisele vaikivale allutatud sissemaksele kui aktsiakapitali sissemaksele, kuna see tasustamise viis on omane vaikivatele allutatud sissemaksetele.

114 Selle kohta märgib Helaba asjakohaselt, et isegi juhul, kui aktsiakapitali suhtes lepitakse kokku fikseeritud tasu, on tegelik tulu, mida panga aktsionärid oma investeeringust saavad, alati muutuv. Nimelt, kuna väljamakstud fikseeritud tasu ületav tuluosa suurendab panga reserve, mis tuleb välja maksta likvideerimisel või millel on positiivne mõju aktsiate väärtusele, suureneb ka aktsiakapitali investeerinud investori tulu üle summa, mille ta sai tasuna. Seda arvestades ei saa lõplikku summat ette kindlaks teha ning investeeringu lõplik tasu on seega muutuv.

115 Helaba toonitab ka, ilma et hageja talle vastu vaidleks, et esimese taseme omavahendite hulka kuuluvate segainstrumentide kohta tehtud uurimusest, mille hageja ise esitas, nähtub, et parimad esimese taseme omavahendid on need, millega omandatakse osalus aktsiakapitalis, sest ainult nendest ei tulene fikseeritud tasu maksmise kohustust.

116 Sellest järeldub, et isegi kui see alati nii ei ole, on tõesti tavapärane, et vaikivalt allutatud sissemakselt makstakse fikseeritud tasu ja kapitalilt muutuvaid dividende. Igal juhul on nii, et kui vaikiva allutatud sissemakse eest tuleb tasu maksta kohe, kui lepingus ettenähtud tingimused on täidetud, siis aktsionäride tulu võidakse kasutada eri viisil, nagu näiteks reservi kandmine või kasumi jaotamine, ja see sõltub üldjuhul nende enamuse tahtest.

117 Seda järeldust ei muuda hageja argument, mis põhineb 1999. aasta otsusel WestLB. Esiteks tuleb meenutada, et Üldkohus tühistas selle otsuse eespool punktis 7 viidatud kohtuotsuses WestLB. Teiseks, kuivõrd hageja argumenti võib mõista viitavana 2004. aasta otsusele WestLB, siis tuleb märkida, et asjaolu, et komisjoni arvates tuli selles asjas käsitletava tehinguga üleantud kapitali eest makstavat tasu võrrelda tasuga aktsiakapitali eest, ei tähenda, et selle tehingu tootluse laad oleks omane aktsiakapitalile, vaid et tehingu üldise analüüsi raames rääkisid muud asjaolud tugevalt selle võrdluse kasuks. Komisjon oli just selle kohta maininud, et üleantud kapitali käsitleti esimese taseme omavahendina, samas kui Saksamaa Liitvabariigi poolt võrdluseks pakutud instrumente sai Saksamaal kasutada vaid täiendavate omavahenditena.

118 Mis teiseks puutub hageja argumenti, et nii vaidlusaluse sissemakse kui aktsiakapitali puhul sõltub tasu kasumi olemasolust, siis tuleb asuda seisukohale, et see, et tasu – isegi kui see on fikseeritud – väljamaksmine sõltub sellest, kas pank on majandusaastal kahjumis ja kas see väljamakse seda kahjumit ei tekita, on omane kõigile

vaikivatele allutatud sissemaksetele, mis kuuluvad esimese taseme omavahendite hulka, sest seda nõuab Kreditwesengesetz'i (Saksamaa krediidiasutuste seadus) § 10 lõige 4. Seetõttu ei tõenda asjaolu, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, asudes seisukohale, et vaidlusalusel sissemaksel oli sarnasusi turul tehtud vaikivate allutatud sissemaksetega, mida tunnustati kui esimese taseme omavahendeid.

119 Lisaks tuleb ta märkida, et vaidlusaluse sissemakse või muu vaikiva allutatud sissemakse tasu väljamaksmiseks vajalik kasum on väiksem kui see, mis tuleks teenida selleks, et panga aktsionärid dividende saaksid. Nimelt on vaikiva allutatud sissemakse tasu Saksamaa õiguse kohaselt tegevuskulu, mis makstakse niisiis välja enne makse ja enne kasumi jaotamist. Sellest tuleneb, et investorile kogu tasu väljamaksmiseks piisab, kui pank saavutab aasta kulusid ületava tulu enne maksude mahaarvamist summas, mis on võrdne sissemakse eest makstava tasuga. Samas selleks, et aktsionärid saaksid sama summa dividendidena, tuleb pangal üldjuhul saavutada aasta kulusid ületav tulu enne maksude mahaarvamist summas, mis on võrdne vaikiva allutatud sissemakse eest makstava tasu, tasumisele kuuluva maksu ja dividendide summa summaga.

120 Hageja argument, mille ta esitas kohtuistungil Üldkohtu ühele küsimusele vastates ning mille kohaselt ei erista see tunnus vaidlusalust sissemakset ja turul kaubeldavaid vaikivaid allutatud sissemakseid tegelikult aktsiakapitalist, kuna aktsionärid võivad näidata jaotatavat kasumit ka majandusaasta kahjumi korral – just vähendades reserve –, on vastuolus hageja teise argumendiga, mille kohaselt vaidlusaluse sissemakse eest tasu maksmise tingimused muudavad selle sissemakse pigem sarnaseks investeeringule aktsiakapitali, mitte turul tehtud vaikivatele allutatud sissemaksetele. Nimelt, kui vaikiva allutatud sissemakse tasu väljamaksmine eeldab aasta kulusid ületava tulu olemasolu, võib dividende maksta ka majandusaasta kahjumi korral, kui näidatakse jaotatavat kasumit.

121 Lisaks, kui vaikiva allutatud sissemakse tasu ollakse kohustatud maksma niipea, kui lepingus ettenähtud tingimused on täidetud, siis dividendide maksmine majandusaasta eest, mis lõppes kahjumiga, ei toimu automaatselt, vaid eeldab aktsionäride

enamuse nõusolekut. Liiatigi, nagu kinnitas ka hageja kohtuistungil Üldkohtu küsimusele vastates, kahjustaks see, kui pank, kes lõpetab majandusaasta kahjumis ja ei maksa vaikivate allutatud sissemaksete eest tasu, otsustab dividende maksta, tema mainet ja tuleviku emissioonide õnnestumise võimalusi.

122 Neid asjaolusid arvestades tuleb asuda seisukohale, et hageja ei tõenda, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, otsustades, et vaidlusaluse sissemakse tootluse laad oli omane vaikivatele allutatud sissemaksetele.

Vaidlusaluse sissemakse tunnused, mida komisjon ei pidanud takistuseks vaidlusaluse sissemakse tasu võrdlemiseks tähtajalise vaikiva allutatud sissemakse tasuga

123 Komisjon lükkas tagasi hageja argumendid vaidlusaluse sissemakse suuremahulisuse ja osa kohta, mida see esindas Helaba esimese taseme omavahendites, ning ka selle sissemakse tähtajatuse kohta.

– Sissemakse suurus

124 Komisjon leidis, et vaidlusaluse sissemakse absoluutsuurus ei tähenda, et see tuleb kindlasti aktsiakapitaliks kvalifitseerida. Ta tugineb selles osas asjaolule, et etapiviisilise kava tõttu sai Helaba ajavahemikul 1999–2002 oma äritehingute tagatisena kasutada vaid osa üleantud vahenditest. Samuti lükkas ta tagasi võrdluse WestLB asjaga

põhjusel, et selles asjas oli üleantud kapitali suurus üks tõend teiste hulgas, mis võimaldas kvalifitseerimist aktsiakapitaliks. Ta kinnitab, et ta võttis ka arvesse eelkõige asjaolu, et pankroti või likvideerimise korral riskiti sissemakse täieliku kaotusega, ja asjaolu, et kapitali segainstrumentide turg Saksamaal ei olnud veel välja arenenud (vaidlustatud otsuse põhjendus 133).

125 Hageja väidab, et investori seisukohast tuleb eristada kaht aspekti, nimelt emissiooni kogusummat ja iga investori osa suurust emissioonis. Ta kritiseerib asjaolu, et komisjon neid kahte aspekti ei erista.

126 Esiteks, mis puutub emissiooni kogusummat, siis kõigepealt vaidleb hageja vastu komisjoni põhjendustele, millele tuginedes ta järeldas, et kuigi emissiooni suurust võeti WestLB asjas arvesse kui kaudset tõendit sarnasuse kohta aktsiakapitaliga, ei vii vaidlusaluse sissemakse suurus käesolevas asjas samale järeldusele. Ta meenutab, et majanduslikus mõttes võetakse tema hinnangul vaidlusaluse sissemaksega pankroti või likvideerimise korral täielik kaotuse risk, ja väidab, et kapitaliturgu, kus erainvestor oleks teinud Helabasse sellise investeeringu nagu vaidlusalune sissemakse, ei eksisteerinud 1998. aastal ega ka hiljem. Ta väidab, et nii komisjon kui Üldkohus, vastavalt 1999. aasta otsuses WestLB ja eespool punktis 7 viidatud kohtuotsuses WestLB pidasid tehingu kvalifitseerimisel kapitali sissemakse suuremahulisust oluliseks teguriks. Hageja hinnangul kinnitab asjaolu, et vaidlusalune sissemakse on äärmiselt suur ja see on niisiis käesolevas asjas oluline tegur, võrdlust vaidlustatud otsuse põhjenduses 164 komisjoni mainitud tehingutega, kuid ka see, et 1998. aastal esindas vaidlusalune sissemakse 25% esimese taseme omavahenditesse kuuluvate kapitali segainstrumentide kogumahust Euroopas.

127 Teiseks leiab hageja, et komisjoni õigustus, mis põhines etapiviisilisel kaval, ei saa olla aktsepteeritav, sest erainvestor ei oleks sellega nõustunud ning väär on järeldada, et

see süsteem viis viie väiksemamahulise sissemakseni, arvestades, et esiteks loeti kogu vaidlusalune sissemakse kohe Helaba esimese taseme omavahendite hulka kuuluvaks, ja teiseks oleks juhul, kui sissemaksed tehtaks eri aegadel, iga sissemakse tingimused ka erinevad, samas kui käesolevas asjas kohaldatakse kõigile sissemaksetele samu tingimusi.

128 Kõigepealt, mis puutub võrdlusse WestLB asjaga, siis tuleb meenutada, et Üldkohus tühistas 1999. aasta otsuse WestLB, millele hageja tugineb. Lisaks, kuigi on tõsi, et 2004. aasta otsuses WestLB, mis pärast seda tühistamist vastu võeti ning mida mainitakse vaidlustatud otsuse põhjenduses 133, võttis komisjon üleantud kapitali mahtu arvesse, pidades selles asjas üleandmist sissemakseks aktsiakapitali, ei tuginenud ta aga tehingu absoluutväärtusele, vaid WestLB esimese taseme omavahendite osale, mida asjassepuutuv kapital esindas; samuti olid otsustavateks teguriteks asjaolud, et ajal, mil see tehing tehti, moodustasid kapitali segainstrumendid vaid 20% omavahenditest, neid ei peetud Saksamaal esimese taseme omakapitali hulka kuuluvaiks ning need ei olnud kõik emiteeritud tähtajatult (2004. aasta otsuse WestLB põhjendused 204, 206, 208 ja 209).

129 Samas, mis puutub vaidlusalusesse sissemaksesse, siis selle suurus (1,264 miljardit eurot), mis on küll suurem kui komisjoni poolt võrdluseks võetud tehingute väärtus, on omakorda palju väiksem WestLB asjas käsitletud tehingu väärtusest (3,02 miljardit eurot bilansis üldse, millest 2,05 miljardit kuulus esimese taseme omavahenditesse) (2004. aasta otsuse WestLB põhjendused 54 ja 71). Lisaks nähtub tabelist, milles on välja toodud komisjoni poolt võrdluseks kasutatud tehingud (vaidlustatud otsuse põhjendus 164), et Deustche Bank AG korraldas 1998. aasta jaanuaris kaks emissiooni, kumbki 700 miljonit USA dollarit (kümneaastase tähtajaga), saades nii ühe korraga vaikivaid allutatud sissemakseid umbes 1,4 miljardi euro väärtuses. Lisaks, nagu toonitab komisjon, tehti vaidlusalune sissemakse 1998. aasta lõpus, samas kui asjas WestBL käsitletud sissemakse tehti 1991. aastal. Vaidlustatud ei ole asjaolu, et 1998. aasta lõpus võis vastavalt Saksamaa õigusnormidele kapitali segainstrumente liigitada juba esimese taseme omavahenditeks ning mitte ainult täiendavateks omavahenditeks, neid võis anda määramata tähtajaga ja juhul, kui nad täitsid Sydney deklaratsioonis esitatud tingimused, võisid nad esindada suurt osa panga esimese taseme omavahenditest.

130 Samuti tuleb kõrvale lükata hageja argument, et eespool punktis 7 viidatud kohtuotsuses WestLB pidas Üldkohus investeeringu suuruse kriteeriumi otsustavaks teguriks. Nimelt leidis Üldkohus selles otsuses, et komisjon oli selgitanud, miks ta arvas, et erinevus kapitali segainstrumentide ja vaidlusaluse tehingu vahel oli selline, et nende omavaheline võrdlus oli suhteliselt väärtusetu, ja kinnitas, et komisjon oli eriti juhtinud tähelepanu asjaolule, et selles asjas – erinevalt WestLB-le üleantud varadest – moodustasid hagejate mainitud kapitali segainstrumendid vaid väikse osa panga esimese taseme omavahenditest. Üldkohus piirdus kontrolliga, kas komisjoni arutluskäigus ei olnud selles asjas tehtud ilmset hindamisviga, ning kohus ei tuvastanud, et üleantud kapitali suuruse kriteerium on alati otsustava tähtsusega tegur. Ta meenutas ka, et komisjonil on selle hinnangu andmisel suur kaalutulusõigus (eespool punktis 7 viidatud kohtuotsus WestLB, punktid 350 ja 351).

131 Edasi, mis puudutab komisjoni põhjendust, et etapiviisilise kava tõttu sai Helaba ajavahemikul 1999–2002 oma äritegevuse tagamiseks kasutada vaid osa üleantud kapitalist, siis tuleb meenutada, et eespool punktides 58–73 otsustati, et seda etapiviisilist kava aktsepteerides ei ole komisjon teinud ilmset hindamisviga. Kuigi on tõsi, nagu märgib hageja, et sissemakse kanti Helaba bilanssi tervikuna alates sissemakse tegemise päevast, pidas komisjon siiski etapiviisilises kavas ettenähtud iga-aastaseid sissemakse osasid, nagu ka osa, mis pidi tagama elamuehituse abistamist, ainult tagatisfunktsiooni täitvaks ja mitte majandustegevuse laiendamise funktsiooni täitvaks varaks ning järelikult fikseeriti tema tasu sellise tasu alusel, mida erainvestor nõuaks tagatise eest, mitte vaikiva allutatud sissemakse eest, mis võimaldab pangal oma äritegevust laiendada. Kuna vaikivad allutatud sissemaksed võimaldavad äritegevust laiendada kohe, võis komisjon ilma ilmset hindamisviga tegemata asuda seisukohale, et arvestades etapiviisilist kava ei tule vaidlusalust sissemakset käsitleda ühe 1,2 miljardi euro suuruse vaikiva allutatud sissemaksena, mis võimaldab Helabal oma tegevust kohe laiendada, vaid 180–380 miljoni euro suurusest viiest vaikivast allutatud sissemaksest koosneva sissemaksete seeriana.

132 Seda järeldust ei muuda ka hageja argument, et kui sissemaksed tehakse eri aegadel, oleks iga sissemakse tingimused erinevad, kuid vaidlusaluse sissemakse suhtes kohaldatakse samu tingimusi. Nimelt tuleb märkida, et hageja ei selgita, miks oleksid viie järjestikku üleantava sissemakse tingimused kindlasti erinevad.

133 Teiseks, mis puudutab iga investori osa emissioonis, siis leiab hageja, et samuti on ebatavaline asjaolu, et emissioon ei olnud jaotatud teatud arvu investorite vahel, vaid et selle märkis üks investor. Ta kinnitab, et investori risk suureneb progressiivselt koos sissemakstava kapitali suurusega nii absoluutväärtuses kui ka võrdluses teiste, väiksemaid investeeringuid tegevate ettevõtjate riskiga. Hageja leiab, et neid asjaolusid arvestades sarnaneb vaidlusalune sissemakse, mille tegi ainult üks investor, investeeringule aktsiakapitali.

134 Selles osas piisab märkusest, et hageja ei esita ühtegi tõendit, millest võiks järeldada, et tavaliselt on vaikiva allutatud sissemakse emissiooni osaliselt märkinud investori tasu varieeruv, sõltudes sellest, kui suure osa ta kogu emissioonis märkis, ja et suurema osa märkinud investorid saavad kõrgemat tasu kui ülejäänud investorid. Lisaks mainitakse tehingute kohta, mida komisjon vaidlustatud otsuses võrdluseks kasutas, ainult tasu määra, mistõttu ei saa eeldada, et rohkem investeerinud investorid said kõrgemat tasu. Samuti ei selgita hageja, mil määral Liidumaa riski suurenemine seoses sellega, et ta ei tahtnud erifondi osadeks jagada, muudab tema investeeringu panga aktsiakapitali tehtud investeeringu sarnaseks, sest viimast ei pruugi iseloomustada suuremahulisus ja aktsiakapitali osalusega isik võib märkida väikse osa emissioonist nii absoluutväärtuses kui ka kogu kapitali suhtes.

135 Neid asjaolusid arvestades tuleb märkida, et hageja argumentidest ei saa järeldada, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, otsustades, et vaidlusaluse sissemakse suurus

ei takista asumast seisukohale, et see sissemakse sarnaneb pigem turul emiteeritud vaikivale allutatud sissemaksele kui aktsiakapitalile.

– Aktsiakapitali puhver

136 Komisjon leidis, et kuna aktsiakapitali puhver oli väike, ei saanud ta välistada, et erainvestor oleks teinud vaidlusaluse sissemakse taolise investeeringu vaikiva allutatud sissemakse vormis. Ta tugines selles osas asjaolule, et kuna Landesbankenid kui avalik-õiguslikud isikud ei saa aktsiakapitali hankida rahaturgudelt, kasutavad nad vaikivaid allutatud sissemakseid suuremas ulatuses kui eraõiguslikud pangad. Ta märkis, et investorid, sealhulgas mõned eraõiguslikud investorid, peaksid Landesbankenite puhul ka nõustuma väiksema aktsiakapitali puhvriga, kuna nende riski struktuur on väiksem (vaidlustatud otsuse põhjendus 134).

137 Hageja väidab, et kuigi komisjon tugineb asjaolule, et käesolevas asjas on aktsiakapitali puhver väiksem kui erapankadel, jätab ta tähelepanuta, et vaidlusalusel sissemaksel on neli tunnust, mis annavad talle eripärase tagatise omadused ja mis näitavad teda kui pikaajalist Helaba kapitalibaasi tagamise vahendit, mis on sarnane aktsiakapitalile. Ta kritiseerib ka komisjoni hinnangut, et aktsiakapitali puhvri väiksus ei anna alust välistada võimalust, et erainvestor oleks teinud sarnase investeeringu vaikiva allutatud sissemakse vormis.

138 Mis puudutab kõigepealt vaidlusaluse sissemakse nelja tunnust, mis annavad talle eripärase tagatise omadused, siis mainib hageja esiteks asjaolu, et see esindab ebanormaalselt suurt osa Helaba omavahenditest, nimelt 40%. Teiseks märgib ta, et selle suure osa Helaba omavahenditest maksis sisse üks investor, samas kui vaikivate

allutatud sissemaksete puhul, mida komisjon võrdluseks kasutas, ei esindanud ükski investor individuaalselt suuremat osa kui 1%. Investori jaoks on aktsiakapitali puhver seega 99% nende vaikivate allutatud sissemaksete puhul, mida võrdluseks kasutati, ja 60% vaidlusaluse sissemakse puhul. Kolmandaks toonitab hageja, et kogu see sissemakse loeti esimese taseme omavahendite ja mitte lihtsalt omavahendite hulka kuuluvaks. Neljandaks märgib ta, et kogu sissemakse loeti Helaba esimese taseme omavahendite ning mitte lihtsalt selle kontserni esimese taseme omavahendite hulka kuuluvaks, millesse kuulus Helaba, andes nii Helabale suurema vabaduse selle kasutamiseks, mille eest erainvestor oleks nõudnud lisatasu.

139 Kõigepealt tuleb märkida, et vaidlusalune sissemakse üksi esindab tõesti väga suurt osa Helaba omavahenditest, kuigi Sydney deklaratsiooni kohaselt võivad tähtaegsed vaikivad allutatud sissemaksed esindada kuni 15% omavahenditest. Vaieldamatult on vaidlusaluse sissemakse ja tähtajaliste vaikivate allutatud sissemaksete vahel erinevus.

140 Edasi, mis puudutab asjaolu, et vaidlusaluse sissemakse tegi üks ainus investor, kellele investeering tõi kaasa 40% esindatuse Helaba omakapitalis, siis tuleb märkida, et see asjaolu ei ole selline, mis majanduslikust aspektist muudaks vaikiva allutatud sissemakse sissemakseks aktsiakapitali, nagu ei võta ka see, et üks investor esindab väga väikest osa äriühingu aktsiakapitalis, tema investeeringult aktsiakapitali tehtud investeeringu tunnuseid.

141 Tõsi, investori osalus omavahenditest toob kaasa tema avatuse riskile, kuid see ei muuda selle riski olemust ega tehtud investeeringu majanduslikku määratlust. Vaikivaid allutatud sissemakseid aktsiakapitalist eristavad peamised tunnused, nimelt tagasimaksmise järjekoht äriühingu lõpetamisel, tasu maksmise tingimused ja nende positiivsed või negatiivsed küljed, on panga – kes kasutab neist üht või teist moodust – jaoks samad, olenemata konkreetse investeeringu suurusest.

142 Mis puutub asjaolusse, et vaidlusalust sissemakset peeti Helaba esimese taseme omavahendiks ja mitte selle kontserni esimese taseme omavahendiks, kuhu Helaba kuulub, siis tuleb märkida, et komisjon ja menetlusse astujad ei vaidlustanud, et tegemist on tõesti vaidlusaluse sissemakse ühe omapäraga. Samas fakt, millele tugineb hageja, et selline määratlus andis Helabale rahaliste vahendite kasutamisel suurema paindlikkuse, ei võimalda tuvastada niisugust asjaolu, mis suurendaks vaidlusaluse sissemakse riski laadi võrreldes vaikivate allutatud sissemaksetega ja mis oleks omane aktsiakapitalile.

143 Lõpuks, mis puutub asjaolusse, et vaidlusalune sissemakse liigitati kogusummas esimese taseme omavahendite hulka, siis tuleb märkida, et hageja piirdub vaid sellele tähelepanu pööramisega, esitamata täpsemat argumentatsiooni. Arvestades, et see tuleneb asjaolust, et vaidlusalust sissemakset käsitleti kui „tähtajatut instrumenti", mille suhtes puudus intressimäära suurendamise kokkulepe (edaspidi „*step-up* tingimus"), siis tuleb viidata Üldkohtu hinnangule vaidlusaluse sissemakse tähtajatuse kohta (vt tagapool punktid 150–154).

144 Teisalt, mis puudutab komisjoni hinnangut, mille kohaselt ei võimaldanud aktsiakapitali puhvri väiksus tal välistada, et institutsionaalne erainvestor oleks teinud vaidlusaluse sissemaksega sarnase investeeringu vaikiva allutatud sissemakse vormis, siis leiab hageja, et see, et Landesbankenid kasutavad tihedamini vaikivaid allutatud sissemakseid, ei tähenda, et investorid loobuvad kohasest tasust. Ta lisab, et igal juhul märkisid need sissemaksed nende omanikud, st avalik-õiguslikud investorid ja mitte erainvestorid, mistõttu ei saa komisjon sellele võrdluses viidata. Komisjoni kinnituse osas, et investorid nõustuksid Landesbankenite puhul ka väiksema aktsiakapitali puhvriga, kuna nende riskide struktuur muudab riski väiksemaks, siis väidab hageja, et Landesbankenite ja erapankade krediidireitingu võrdlus näitab, et esimeste riskide struktuuri tõttu ei ole need riskid väiksemad.

145 Tuleb märkida, nagu täheldab ka hageja, et küsimus ei ole selles, kas vaidlusaluse sissemakse võis turule tuua olenemata aktsiakapitali puhvrist, mis oli vaid 60%, vaid

kas selle asjaolu tõttu sarnaneb vaidlusalune sissemakse riski profiililt tähtajalisele vaikivale allutatud sissemaksele või aktsiakapitalile ja tingib suurema tasu.

146 Selle kohta tuleb mainida, et toimiku materjalide kohaselt esindasid vaikivad allutatud sissemaksed enne Sydney deklaratsiooni vaid väikest osa pankade esimese taseme omavahendites. Alles pärast seda deklaratsiooni, mis avaldati 1998. aasta oktoobris, oli selge, et kapitali segainstrumendid võisid esindada esimese taseme omavahendites rohkem kui 15% ning täpsustati ka sellise kvalifikatsiooni tingimusi. Seega võib eeldada, et ajal, mil pooled jõudsid vaidlusaluse sissemakse tingimustes kokkuleppele, st 1998. aasta detsembris, ei olnud veel turul ilmnenud Sydney deklaratsiooni mõju esimese taseme omavahendite proportsioonile – mis muutus seoses kapitali segainstrumentidega – ja seega ka aktsiakapitali puhvrile.

147 Samuti nähtub vaidlustatud otsusest (põhjendused 129 ja 134), et seejärel suurendasid nii erapangad kui Landesbankenid kapitali segainstrumentide osakaalu esimese taseme omavahendites; eriti suurendasid seda osakaalu Landesbankenid. Samuti nähtub vaidlustatud otsusest (põhjendused 179 ja 180), et nende kapitali segainstrumentide eest, mis pangad emiteerisid pärast Sydney deklaratsiooni ja mis vastasid selle deklaratsiooni tingimustele, mille täitmisel võisid nad moodustada rohkem kui 15% esimese taseme omavahenditest, ei makstud palju suurema määraga tasu kui varem väljalastud vaikivate allutatud sissemaksete eest. Lõpuks, vaidlustatud otsusest (põhjendus 134) ja Üldkohtu kirjalikule küsimusele komisjoni esitatud vastusest nähtub ka, et investorite hulgas, kes märkisid Landesbankenite emiteeritud vaikivaid allutatud sissemakseid, oli erainvestoreid, kes ei nõudnud sissemaksete eest suuremat tasu, et võetaks arvesse nende pankade aktsiakapitali puhvri väiksust.

148 Neid asjaolusid arvestades ei võimalda hageja argumentatsioon järeldada, et aktsiakapitali puhvri väiksuse tõttu on vaidlusaluse sissemakse riski profiil majanduslikust aspektist sarnane aktsiakapitali riski profiilile.

149 Arvestades eespool esitatud kaalutlusi ei tule uurida hageja kriitikat, mis puudutab komisjoni kinnitust, et investorid nõustuksid Landesbankenite puhul ka väiksema aktsiakapitali puhvriga, kuna nende riskide struktuur muudab riski väiksemaks. Nimelt ei ole põhjustel, miks investorid nõustuksid Landesbankenite puhul ka väiksema aktsiakapitali puhvriga, käesolevas kohtuasjas tähtsust, kuna on tõendatud, et väiksem aktsiakapitali puhver ei takista erainvestoreid märkimast Landesbankenite vaikivaid allutatud sissemakseid ega pane neid ka nõudma suuremat tasu kui vaikivate allutatud sissemaksete eest, mille on emiteerinud suurema aktsiakapitali puhvriga pangad.

– Sissemakse tähtajatus ja selle võõrandamise võimatus

150 Vaidlustatud otsuses leiab komisjon sisuliselt, et sissemakse tähtajatus ja selle võõrandamise võimatus ei õigustanud seda, et vaidlusaluse sissemakse eest makstavat tasu saaks võrrelda pigem tasuga investeeringu eest aktsiakapitali kui tasuga tähtajalise vaikiva allutatud sissemakse eest, ja et selle laadi mõju tuleks uurida sobiva tasu kalkulatsiooni uurimisel. Ta põhjendas seda hinnangut viitega asjaolule, et vaidlusaluse sissemakse tähtajatus tähendas investorile põhimõtteliselt riski, et ta ei saa kaasa minna intressimäära tõusuga turul, kuid ta ei saanud mõjutada pankroti või likvideerimise korral investeeringu kaotamise riski taset (vaidlustatud otsuse põhjendus 138).

151 Hageja väidab, et tegur, mis suurendab vaidlusaluse sissemakse riski profiili võrreldes turul olevate teiste vaikivate allutatud sissemaksetega, ei ole mitte selle tähtajatus, vaid asjaolu, et Liidumaa ei saa investeeringut tagasi võtta, sest sissemakse ei ole asendatav ja ta ei saa oma õigusi kolmandale isikule üle anda ilma Helaba nõusolekuta. Samas turule toodud „tähtajatud instrumendid" noteeritakse börsil, mistõttu võib investor need igal ajal võõrandada ega ole pangaga teadmata ajaks seotud. Repliigis kritiseerib ta asjaolu, et komisjon käsitleb tema arvates tähtajatust

ja asendatavust nii nagu neil kahel aspektil ei oleks mingit omavahelist seost, kuigi vaidlusaluse sissemakse riski profiil tuleneb nende kahe aspekti vastastikusest mõjust, mille tõttu ei saa Liidumaa oma investeeringut tagasi võtta. Ta vaidleb ka vastu komisjoni argumentidele, mille kohaselt asendatavus on vaid piiratud, kuid see ei ole välistatud.

152 Tuleb märkida, et Üldkohtu küsimusele vastates kinnitasid pooled kohtuistungil, et eksisteerib ka selliseid vaikivaid allutatud sissemakseid, mis nagu käesolevas asjas on investeeriva ja emiteeriva panga vahel kahepoolselt kokku lepitud ja mida ei ole börsil noteeritud. Sellest tuleneb, et sissemakse börsil noteeritusest tulenev asendatavus ei ole omadus, mis on kõigil erainvestorite poolt märgitud vaikivatel allutatud sissemaksetel. Toimikust ei nähtu aga, et eraldi kahepoolselt läbirääkitud sissemakseid tasustataks kõrgemalt kui neid, mis on börsil noteeritud.

153 Igal juhul tuleb märkida, et vaidlusalune sissemakse erineb selles suhtes ka investeeringutest aktsiakapitali, sest nagu seda väitis vaidlustatud otsusele eelnenud haldusmenetluses hageja (vaidlustatud otsuse põhjendus 68), võivad vähemalt selliste aktsiaseltside nagu Saksamaa pangad, kes on korraldanud sissemaksete emissioone, mida komisjon võrdluses kasutas, aktsionärid igal ajal oma investeeringu ära müüa.

154 Sellest tuleneb, et isegi kui eeldada, et Liidumaa investeering ei ole asendamatu ja see suurendab pankroti või likvideerimise korral investeeringu kaotamise riski võrreldes vaikivate allutatud sissemaksetega, muudab see asjaolu vaidlusaluse sissemakse erinevaks ka investeeringust nende pankade aktsiakapitali, mis korraldasid sissemaksete emissioone, mida komisjon oma võrdluses kasutas, ega tähenda, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, järeldades, et vaidlusalust sissemakset tuleb võrrelda turul

olevate teiste vaikivate allutatud sissemaksetega ning mitte aktsiakapitaliga, võttes neid erisusi igati arvesse vastavate tasu suurendamiste abil, sh ka tähtajatuse eest.

Vaidlusaluse sissemakse tunnused, mida ei käsitletud haldusmenetluses ega uuritud vaidlustatud otsuses

155 Hageja leiab, et vaidlusaluse sissemaksega kaasneb oluline investeeringu kaotamise risk ja seda nii tasu kui üleantud rahaliste vahendite osas ning isegi siis, kui tegemist ei ole pankroti või likvideerimisega, mida eespool uuriti. Ta viitab asjaolule, et vaidlusalune sissemakse osaleb Helaba majandusaasta kahjumi kandmises ning Liidumaa riskides juhul, kui Helaba majandusaasta kahjumi tõttu tasu ei maksta ja juhul, kui sissemakstud rahalisi vahendeid ei suudeta nende väljanõudmisel tagasi saada.

156 Mis puudutab osalemist Helaba majandusaasta kahjumis, siis arvab hageja, et vaidlusalune sissemakse osaleb selles majanduslikus mõttes nii nagu aktsiakapitalgi, sest lepingu punktide 3.1 ja 8.1 kohaselt osaleb sissemakse täielikult Helaba võimaliku majandusaasta kahjumi kandmises ja võimalik kahjum piirab ülesütlemise korral Liidumaa õigust nõuda investeering tagasi. Ta lisab, et sellel, et osalemine kahjumi kandmises on iseloomulik kõigile vaikivatele allutatud sissemaksetele, ei ole asjas tähtsust, kuna seda asjaolu tuleb hinnata vaidlusaluse sissemakse kõiki majanduslikke omadusi arvestades. Ta leiab ka, et see, et lepingu punkti 4 (väljamaksete piiramise klausel) kohaselt tuleb kahjumi korral võimalikku tulevikus teenitavat kasumit kasutada sissemakse katmiseks, ei pane Liidumaad võrreldes aktsionäriga soodsamasse olukorda, sest erinevalt viimasest ei saa ta kasu ettevõtja väärtuse kasvust.

157 Selle kohta tuleb märkida, et kuigi on tõsi, et osalemine kahjumi kandmises muudab vaidlusaluse sissemakse aktsiakapitalile sarnasemaks – põhjus, miks BAKred

tunnustas seda kui Helaba esimese taseme omavahendit –, ei erine see siiski teistest vaikivatest allutatud sissemaksetest, mida samuti tunnustatakse kui esimese taseme omavahendeid.

158 Vaieldamatult on õige, et käesolevas asjas on Helaba kahjumi korral sissemakse väärtuse vähenemise ulatus suurem kui oleks nendel sissemaksetel, mida komisjon võrdluses kasutas. See asjaolu – mis on tingitud aga sellest, et vaidlusalune sissemakse moodustab suurema osa Helaba esimese taseme omavahenditest kui teised sissemaksed neid märkida võimaldanud pankade omavahendites – ei ole vaidlusaluse sissemakse omandus, mis erineks selle mahust, kui võrrelda seda Helaba esimese taseme koguomavahenditega (vt eespool punktid 136–149).

159 Lepingu punktis 4 kehtestatud väljamaksete piiramise klausli osas (vt eespool punkt 156) piisab, kui märkida, et kuigi on võimalik, nagu väidab hageja, et see ei anna Liidumaale eeliseid võrreldes aktsiakapitali investeerinud investoriga, kuna see, kumb investeering on soodsam, oleneb iga majandusaasta tulemustest, tuleb siiski igal juhul järeldada, et see säte eristab neid ning muudab seega vaidlusaluse sissemakse rohkem vaikiva allutatud sissemakse sarnaseks – mille suhtes võib selles klauslis kokku leppida – kui aktsiakapitali sarnaseks.

160 Neid asjaolusid arvestades ei tõenda see, et vaidlusalune sissemakse osaleb kahjumi kandmises, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, võrreldes vaidlusaluse sissemakse eest makstavat tasu tähtajalise vaikiva allutatud sissemakse tasuga.

161 Liidumaa riski osas jääda tasust ilma juhul, kui Helaba majandusaasta lõppeb kahjumis, väidab hageja, et Liidumaale makstava tasu üks oluline koostisosa moodustub Helaba kasumist ja järelikult on risk, et Liidumaa seda osa tasust ei saa, väga kõrge. Ta toonitab, et Liidumaale maksta tulnud tasu koostisosa, mis tasuti Helaba kasumist

vaidlusaluse sissemakse tegemise aastal, oli palju suurem kui nende tasude puhul, mida eraõiguslike pankade emiteeritud ja vaidlustatud otsuses võrdluses kasutatud sissemaksetelt maksti iga nimetatud panga kasumist.

162 Mis puudutab Liidumaa riski, et ta ei saa sissemakstud investeeringut tagasi nõuda, siis väidab hageja, et arvestades vaidlusaluse sissemakse suurt kaalu Helaba esimese taseme omavahendites, ei saa viimane sissemakset Liidumaale tagasi anda, kuna tema tulu ei võimalda tal sel juhul kaotatavaid esimese taseme omavahendeid asendada.

163 Tuleb märkida, et need kaks vaidlusaluse sissemakse omadust on sisuliselt tingitud sellest, et see sissemakse moodustab suurema osa Helaba esimese taseme omavahenditest kui osa, mida esindasid sissemaksed pankade esimese taseme omavahendites võrdluses kasutatud tehingutes. Nii nagu otsustati ka kahjumi kandmises osalemise suhtes (vt eespool punkt 158), ei tule ka siinkohal neid kahte omadust iseseisvalt uurida. Lisaks, mis puudutab Helaba 1998. aasta kasumi osa, mis tuli maksta Liidumaa tasuks, siis tuleb esiteks märkida, et hageja ei võta arvesse asjaolu, et vastavalt etapiviisilisele kavale oli Helaba kohustatud tasu maksma kogu vaidlusaluselt sissemakselt – v.a osalt, mida tuli kasutada ehitustegevuse aitamiseks vajalikult osalt – määraga 1,4% alles alates 2003. aastast, ja teiseks, et ta kasutas võrdluses Helaba kasumit pärast maksude mahaarvamist aastal 1998 ning mitte aasta kulusid ületavat tulu enne maksude mahaarvamist, kuigi ei ole vaidlustatud, et kuna vaidlusalune sissemakse oli vaikiv allutatud sissemakse, on selle eest makstav tasu Saksamaa õigusnormide kohaselt tegevuskulu, mis makstakse välja enne makse.

164 Eeltoodust nähtub, et hageja argumendid Liidumaa riskide suhtes jääda Helaba majandusaasta kahjumi korral tasust ilma ja nõudmisel mitte saada tagasi sissemakstud rahalisi vahendeid, ei anna alust järeldada, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea,

võrreldes vaidlusaluse sissemakse eest makstavat tasu tähtajalise vaikiva allutatud sissemakse tasuga.

Olukord turul vaidlusaluse sissemakse kaasamise ajal

165 Esiteks väidab hageja, et komisjon on vääralt kohaldanud erainvestori kriteeriumi, jättes vaidlusalusele sissemaksele majandusliku kvalifikatsiooni andmisel arvestamata olukorraga, mis valitses selle sissemakse tegemise ajal, st 31. detsembril 1998.

166 Ta märgib, et vaidlustatud otsuse põhjenduses 129 viitab komisjon Saksamaa Liitvabariigi kirjeldatud eraõiguslike pankade tegevuspraktikale, mis on kokkuvõtlikult ära toodud selle otsuse põhjendustes 96 ja 99. Nendes põhjendustes mainib komisjon, et Saksamaa Liitvabariik selgitab esiteks, et vaid paar kuud pärast Helabat omandas Deutsche Bank kapitaliturul „tähtajatu instrumendi" ja teiseks, et alates 1999. aastast ei omistatud turul mingit suuremat tähtsust vahetegemisele piiratud ja piiramatu tähtajaga kapitaliinstrumentide vahel, ning kolmandaks, et hageja kinnitus, mille kohaselt suuremahuliste tehingute puhul ei ole võimalik teha investeeringut vaid aktsiakapitali, ei olnud kooskõlas nende vaikivate allutatud sissemaksete suurusjärguga, mida eraõiguslikud krediidiasutused said kapitaliturult nii aastatel 1998 ja 1999 kui ka hiljem. Ta märgib ka, et vaidlustatud otsuse põhjenduses 101 esitatud tabel kirjeldab kolme eraõigusliku panga selle esimese taseme omavahendite osa muutumist, mille moodustasid kapitali segainstrumendid ajavahemikul 1998–2003. Ta on arvamusel, et tuginedes Saksamaa Liitvabariigi poolt esitatud Saksamaa pankade tegevuspraktikale, lähtus komisjon teabest, mis oli kättesaadav alles vaidlusaluse sissemakse tegemisele järgnenud aastatel.

167 Hageja lisab, et 1998. aasta lõpus ei saanud Liidumaa ette näha alles ees olevaid muutusi kapitaliturul seoses nii vaikivate allutatud sissemaksete kui ka „tähtajatute instrumentidega". Ta väidab seega, et komisjon pidi vaidlusalusele sissemaksele

majandusliku hinnangu andmiseks arvesse võtma vaid turusituatsiooni 1998. aastal ja mitte kapitaliturul hiljem toimunud muudatusi, mis ei olnud vaidlusaluse sissemakse tegemise ajal veel teada.

168 Tuleb meenutada, et väljakujunenud kohtupraktika kohaselt tuleb avalik-õigusliku investori ja erainvestori käitumise võrdlemisel aluseks võtta suhtumine, mis asjassepuutuva tehingu tegemisel oli erainvestoril, arvestades sel ajal kättesaadavat teavet ja ettenähtavaid muutusi (vt Üldkohtu 30. aprilli 1998. aasta otsus kohtuasjas T-16/96: Cityflyer Express *vs*. komisjon, EKL 1998, lk II-757, punkt 76, ja eespool punktis 7 viidatud kohtuotsus WestLB, punkt 246).

169 Käesolevas asjas tuleb kõigepealt märkida, et vaidlustatud otsuse punktis 129 komisjoni tehtud viide Saksamaa pankade tegevuspraktikale vaid toetab tema Sydney deklaratsiooni tõlgendust, mille kohaselt ei saa sellest deklaratsioonist järeldada, et innovatiivseid tähtajatuid kapitaliinstrumente ei või mingil juhul käsitleda esimese taseme omavahenditena või et ka neile kohaldatakse esimese taseme omavahendite 15% ülempiiri. Komisjon viitab niisugusele tegevuspraktikale, märkides, et ta on selle poolt, et innovatiivseid tähtajatuid kapitaliinstrumente saaks esimese taseme omavahenditeks lugeda enama kui 15% ulatuses. Komisjon ei põhjenda seega oma hinnangut nende tehingutega, mis on tehtud vaidlusalusest sissemaksest hiljem, vaid ta kasutab neid vaid selleks, et toetada Sydney deklaratsioonile antud tõlgendust.

170 Igal juhul tuleb märkida, et hageja ei selgita, miks Sydney deklaratsioonile järgnenud muudatused turul ei olnud Liidumaale ja Helabale ette nähtavad ajal, mil nad vaidlusaluses sissemakses kokku leppisid. See selgitus on seda enam vajalik, et vaidlustatud otsusest nähtub, et need muudatused turul kinnitasid vaidlusaluse sissemakse tehingu poolte hinnangut, et esiteks, „tähtajatute instrumentide" eest tasu maksmisel

ei tule juhinduda aktsiakapitalist, ja teiseks, et aktsiakapitali puhvri suurus ei mõjuta tasu määra.

171 Teiseks vaidleb hageja vastu sellele, et vaidlusaluse sissemakse tegemise ajal eksisteeris Saksamaal kapitali segainstrumentide väljaarenenud turg, kus Helaba oleks võinud korraldada vaidlusalusele sissemaksele sarnase sissemakse emissiooni. Ta leiab, et *step-up* tingimuseta „tähtajatut instrumenti", nagu on vaidlusalune sissemakse, ei oleks saanud 1998. aastal Liidumaa-taolistele institutsionaalsetele investoritele suunata. Alles alates 2004. aastast olid institutsionaalsed investorid nõus selliseid „tähtajatuid instrumente" märkima. Lisaks oleks need „tähtajatud instrumendid" olnud väiksema mahuga ja noteeritud börsil. Vaidlusalust sissemakset ei oleks ka saanud tema suuruse tõttu emiteerida, kuna selle märkis ainult üks investor ja seda ei oleks saadud kogu ulatuses lugeda esimese taseme omavahendiks ei Helaba puhul ega kontserni puhul, millesse ta kuulus.

172 Hageja leiab, et komisjon ei arvesta seda asjaolu, kinnitades, et Helaba oleks saanud rahalisi vahendeid ka mitme väiksema emissiooni korraldamise teel. Selle kohta väidab ta eelkõige, et niisugune kinnitus on vastuolus erainvestori kriteeriumiga, kuna selles võetakse arvesse investori käitumist olukorras, mis erineb Liidumaa olukorrast, ning kuna muudetakse prioriteete, sest selles kinnituses lähtutakse alternatiivist, mis Helabal oli tulevikus ja mitte küsimusest, kas erainvestor oleks andnud Helabale üle samadel tingimustel samalaadse sissemakse. Ta järeldab, et Saksamaa kapitali segainstrumentide turu arenemise puudumine oleks pidanud viima komisjoni seisukohale, et Helaba oleks saanud võrreldavas mahus esimese taseme omavahendeid vaid aktsiakapitalina.

173 Tuleb märkida, et hageja ei vaidlusta otseselt vaidlustatud otsuse põhjenduses 137 esitatud komisjoni viidet sellele, et on olemas 1987. aastal emiteeritud *step-up* tingimuseta „tähtajatu instrument", mille märkisid institutsionaalsed investorid; ta ei

esita ka argumente, millega ta püüaks tõendada, et komisjon ei tohtinud oma hinnangus sellele asjaolule tugineda. Kuigi ta kinnitab, et *step-up* tingimuseta „tähtajatu instrument", mille märkisid Saksa institutsionaalsed investorid, emiteeriti esimest korda 2004. aastal ja et esimene seda liiki emissioon korraldati Saksa panga poolt alles 2005. aastal, ei piisa nendest kinnitustest, et tõendada, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, tuginedes vaidlustatud otsuse põhjenduses 137 eespool nimetatud tehingule, et ümber lükata argument, et institutsionaalsed investorid ei saanud märkida *step-up* tingimuseta „tähtajatuid instrumente", mistõttu vaidlusalust sissemakset sai tema tähtajatuse tõttu võrrelda vaid aktsiakapitaliga.

174 Mis puudutab hageja viidatud erinevusi vaidlusaluse sissemakse ja turule emiteeritud vaikivate allutatud sissemaksete vahel, siis tuleb märkida, et need kordavad argumente, mida on juba analüüsitud ja tagasi lükatud.

175 Hageja argumendi osas, et komisjon rikkus erainvestori kriteeriumi, kinnitades, et Helaba oleks võinud rahalisi vahendeid kaasata väiksemate emissioonide kaudu, tuleb meenutada, et kuigi on tõsi, et erainvestori kriteerium nõuab, et hinnataks, kas nimetatud investor oleks teinud asjassepuutuva tehingu samadel tingimustel, tuleneb eespool punktides 32 ja 36 viidatud kohtupraktikast siiski, et riigiabi üle teostatava kontrolli eesmärk on määratleda, kas abi saav ettevõtja saab majandusliku eelise, mida ta ei oleks saanud turu tavatingimustes, ning selle kindlakstegemiseks ei saa piirduda ainult investori seisukoha arvessevõtmisega. Seega ei saa hageja väita, et küsimus, kas Helaba oleks saanud turult samad eelised sama hinnaga, on asjakohatu, kui see küsimus on keskse tähtsusega selle kindlakstegemisel, milline oleks olnud Liidumaa olukorras oleva hüpoteetilise erainvestori ja Helaba vaheliste läbirääkimiste tulemus.

176 Neid asjaolusid arvestades tuleb tagasi lükata hageja väide, et võrdluse aluseks valiti vale ajavahemik ja vaidlusaluse sissemakse kaasamise hetkel turul valitsenud olukorrale anti väär hinnang.

Järeldus vaidlusaluse sissemakse vaikivaks allutatud sissemakseks kvalifitseerimise kohta

177 Vaidlustatud ei ole seda, et vaidlusalune sissemakse on eripärane instrument, mis ei vasta täpselt turul emiteeritud vaikivatele allutatud sissemaksetele – olenemata sellest, kas need on tähtajalised või tähtajatud – ega aktsiakapitalile.

178 Eespool toodud analüüsist aga selgub, et vaidlusalune sissemakse sarnaneb esimese taseme omavahenditeks peetavatele tähtajalistele vaikivatele allutatud sissemaksetele järgmiste tunnuste alusel: tagasimaksmise järjekord likvideerimise või pankroti korral ja seda nii panga võlausaldajate kui aktsionäride suhtes, kohustus maksta igaaastast tasu, mis määratakse kindlaks lepingus, asjaolu, et majandusaasta kahjumi korral tasu maksmine peatatakse, tasu on ainus tulu, mida sissemakse teinud investor investeeringult saab, investor ei saa osa ettevõtte väärtuse suurenemisest, Helabal on kohustus maksta maksmata jäänud tasu aastatel, mis järgnevad aastale või aastatele, mil tasu ei makstud, asjaolu, et investor osaleb panga majandusaasta kahjumi kandmises ja asjaolu, et kokku on lepitud väljamaksete piiramise klauslis olukorraks, kus kahjum vähendab sissemakse väärtust.

179 Samas erineb vaidlusalune sissemakse esimese taseme omavahenditeks peetavatest tähtajalistest vaikivatest allutatud sissemaksetest ja sarnaneb aktsiakapitalile, sest see on tähtajatu, see võib moodustada esimese taseme omavahenditest rohkem kui 15% ja see esindab väga suurt osa esimese taseme omavahenditest ning see loeti Helaba esimese taseme omavahendiks ja mitte selle kontserni esimese taseme omavahendiks, kuhu Helaba kuulub.

180 Lõpuks erineb vaidlusalune sissemakse nii enamikust esimese taseme omavahenditeks peetavatest tähtajalistest vaikivatest allutatud sissemaksetest kui ka nende eraõiguslike pankade aktsiakapitalidest, kes olid emiteerinud sissemakseid, mida komisjon kasutas oma võrdluses, selle poolest, et Liidumaa investeering ei ole asendatav või

on seda väga piiratud ulatuses. Lisaks erineb ta komisjoni võrdluses kasutatud vaikivatest allutatud sissemaksetest ja arvukatest investeeringutest aktsiakapitali selle poolest, et Liidumaa esindab väga suurt osa panga omavahenditest.

181 Eeltoodust tuleneb, et vaidlusaluse sissemakse ainsad tunnused, mis üheaegselt eristavad seda tähtajalistest vaikivatest allutatud sissemaksetest ja muudavad sarnaseks aktsiakapitalile, on esiteks selle tähtajatus ja teiseks asjaolu, et see moodustab rohkem kui 15% Helaba aktsiakapitalist. Eespool esitatud analüüsist nähtub esiteks, et hageja ei tõenda, et tunnused, mis on omased „tähtajatutele instrumentidele", tähendavad turul, et sissemakse tasu sarnaneb pigem tasule investeeringu eest aktsiakapitali kui tähtajalisse vaikivasse allutatud sissemaksesse, ja teiseks, et pole alust arvata, et Liidumaa ja Helaba neid arenguid ette ei näinud.

182 Arvestades eeltoodud kaalutlusi ei võimalda hageja argumendid järeldada, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, asudes seisukohale, et vaidlusaluse sissemakse tunnuste üldisest analüüsist tulenes, et vaidlusalune sissemakse oli sarnasem vaikivale allutatud sissemaksele kui aktsiakapitalile ning et järelikult tuli selle eest makstavat tasu võrrelda tasuga, mida maksti sellise tähtajalise vaikiva allutatud sissemakse eest, mille suurus oli turul tavapärane, ning vajadusel seda tasu suurendada.

4. *Vaidlusaluse sissemakse eest makstava tasu võrdlus riskitasu turuhinnaga*

183 Vaidlusaluse sissemakse eest makstava tasu ja riskitasu turuhinna võrdluse osas vaidlustab hageja komisjoni hinnangud seoses täiendava kulu arvessevõtmisega, mis tuleneb Helaba poolt vaidlusaluse sissemakse tõttu makstavast kutsetegevusmaksust, hinnangud seoses Liidumaa ja Helaba vahel kokkulepitud algse tasu määra ja

riskitasu turuhinna võrdlusega ning hinnangud seoses käesolevas asjas kokkulepitud tähtajatuse lisatasu ja tähtajatuse lisatasu turuhinna võrdlusega.

a) Kutsetegevusmaksu arvessevõtmine

Vaidlustatud otsus

184 Komisjon leiab, et vaidlusaluse sissemakse eest makstava tasu ja tasu turuhinna võrdlemisel tuleb arvesse võtta kutsetegevusmaksu, mis kohaldub vaidlusalusele sissemaksele ja mille määr käesolevas asjas on 0,26% aastas. Ta märgib, et kuigi seda maksu tuleb tasuda institutsionaalsetel investoritel, kes tegutsevad Saksamaal, mis tingib suurema tasu, siis käesolevas asjas on seda kohustatud maksma Helaba, kuna Liidumaa ei ole selle maksu suhtes maksukohustuslane. Komisjon leidis seega, et Helaba kogukulu, mida tuli võrrelda turuandmetele põhineva riskitasu vahemikuga, ei olnud tasumäär 1,4% – milles pooled kokku olid leppinud – vaid 1,66% (vaidlustatud otsuse põhjendused 156–159).

Poolte argumendid

185 Hageja kritiseerib seda hinnangut ja väidab, et investorid ei arvesta tulusust kalkuleerides investeeringu saanud ettevõtja staatusega maksustamise seisukohast ning et komisjon ei ole tõendanud, et turul saaks investeeringu saaja kogu maksukoorma üle kanda investorile. Ta leiab, et tasumääras, mida maksti eri investoritele sama sissemakse eest, ei ole mingit vahet ja seda isegi siis, kui siseriiklikud investorid ei tegele tööstus- või kaubandustegevusega; samuti ei ole vaikivatelt allutatud sissemaksetelt

kohustatud kutsetegevusmaksu tasuma välisriikides asuvad investorid, kes on seega samas olukorras kui Liidumaa.

186 Hageja lisab, et igal juhul ei ole Helaba täiendav kulu võrdne kutsetegevusmaksu määraga, vaid on sellest väiksem, kuna see maks on Helaba jaoks kutsetegevusega seotud kulu, mis seetõttu vähendab tema maksustatavat tulu. Pärast ettevõtte tulumaksu (Saksamaal sel ajal kehtinud määras 40%) ja solidaarsusmaksu (5,5 %) maksmist on täiendav kulu vaid 0,15 %.

187 Komisjon ja menetlusse astujad nende argumentidega ei nõustu.

Üldkohtu hinnang

188 Esiteks, mis puudutab vajadust võtta arvesse kutsetegevusmaksu mõju Helaba kuludele, mida vaidlusalune sissemakse endaga kaasa toob, siis tuleb märkida, et hageja ei vaidlusta, et Helaba on kohustatud seda maksu maksma asjaolu tõttu, et Liidumaa ei ole selle maksu suhtes maksukohustuslane. Kuigi tuleb möönda, et ka teatud muud tüüpi investorid ei ole kohustatud seda maksu maksma ja et see ei muuda väljamakstava tasu suurust, tuleb täheldada, et Saksamaa Liitvabariik ja Helaba kinnitasid kohtuistungil, et kuigi on tõsi, et pangad peavad põhimõtteliselt kutsetegevusmaksu maksma tasult, mis makstakse investoritele, kes ei asu Saksamaal või kes ei tegele töös-tus- või kaubandustegevusega, ei identifitseeri pangad ega Saksamaa ametiasutused siiski neid investoreid, kellele kuuluvad vaikivatest allutatud sissemaksetest tulenevad väärtpaberid ja järelikult ei maksa pangad väljamakstud tasult kutsetegevusmaksu, kuigi osa sellest tasust makstakse mittemaksukohustuslastest investoritele.

189 Tuleb märkida, et kuna komisjoni põhjenduskäigus ei tugineta asjaolule, et Liidumaa ei pea maksu tasuma, vaid asjaolule, et Helaba on kohustatud seda tasuma, kandes seega kulu, mida ta ei peaks kandma juhul, kui sissemakse teeks turul erainvestor, siis muudab hageja argumentatsiooni asjakohatuks asjaolu, et tegelikult ei maksa pangad kutsetegevusmaksu, mis vastaks sellistele investoritele makstud tasuga, kes ei asu Saksamaal või kes ei tegele tööstus- või kaubandustegevusega. Nimelt käesolevas asjas peab erinevalt teistest turul pakutavatest vaikivatest allutatud sissemaksetest Helaba kandma kutsetegevusmaksu tasumise tõttu täiendavat kulu. Seda kulu – isegi kui see ei tähenda Liidumaale suuremat tasu – tuleb arvesse võtta, et uurida, kas Helaba kannab vaidlusaluse sissemakse tõttu vähemalt sama suurt kulu kui kannavad pangad, kes emiteerivad turule vaikivaid allutatud sissemakseid, ja kas ta saab seetõttu mingi eelise.

190 Neid asjaolusid arvestades tuleb asuda seisukohale, et hageja ei tõenda, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, võttes arvesse kutsetegevusmaksu mõju vaidlusaluse sissemaksega seotud Helaba kogukulule.

191 Edasi, mis puudutab Helaba poolt tegelikult kantud kulu arvutust, siis tuleb märkida, et käesolevas asjas ei ole vaja kindlaks teha, mis on Helabale vaidlusaluse sissemaksega tekkiv lõplik kulu pärast tasumisele kuuluvate maksude mahaarvamist, vaid seda kulu tuleb võrrelda selle kuluga, mis tekib erainvestorile seoses tähtajalise sissemaksega. Selleks võib võrrelda ühest või teisest sissemaksest tekkivaid kulusid enne või pärast maksude mahaarvamist, tingimusel, et neid sissemakseid vaadeldakse samal hetkel. Kuna vaidlustatud otsuses võtab komisjon võrdluse aluseks võrreldavate vaikivate allutatud sissemaksetega seotud kulu enne maksude mahaarvamist, siis tuleb arvesse võtta ka kutsetegevusmaksuga seotud kulu enne maksude mahaarvamist (vt selle kohta eespool punktis 7 viidatud kohtuotsus WestLB, punkt 384).

192 Sellest tuleneb, et hageja ei tõenda ka komisjoni ilmset hindamisviga hinnangus, et kutsetegevusmaksu – mida tuleb arvesse võtta vaidlusaluse sissemakse eest makstava

tasu ja turul olevate sissemaksete eest makstavate tasude võrdlemisel – tasumisega seotud kulu osas tuleb lähtuda kulust enne maksude mahaarvamist.

b) Algse tasu võrdlus riskitasu turuhinnaga

Vaidlustatud otsus

193 Komisjon märgib, et väljatoodud kümne tehingu analüüsist, millele tugineb Saksamaa Liitvabariik ja mis on vaidlustatud otsuse põhjenduses 164 välja toodud, nähtub, et riskitasu vahemik on 0,75%–1,6% aastas (vaidlustatud otsuse põhjendused 162, 163, 165–167).

194 Komisjon analüüsib edasi vaidlusaluse sissemakse neid erinevaid omapärasid, mis võivad mõjutada tasu määra. Ta leiab, et tehingu suuremahulisuse tõttu ei tule täiendavalt maksta lisatasu ega ka Helaba krediidireitingu tõttu tasu vähendada. Ta kinnitab aga, et aktsiakapitali puhvri väiksuse tõttu tuleb asuda seisukohale, et erainvestor ei oleks nõustunud algse riskitasuga, mis asub vahemiku allosas (vaidlustatud otsuse põhjendused 168,169, 171 ja 172).

195 Komisjon järeldab sellest, et kuna vaidlusaluse sissemaksega seotud Helaba kulu jäi turuhindade vahemiku keskmisse või lausa ülemisse ossa, ei saanud järeldada, et Helaba sai eelise või järelikult ka riigiabi (vaidlustatud otsuse põhjendus 172).

Poolte argumendid

196 Esiteks meenutab hageja, et vaidlusalune sissemakse on riskiprofiililt sarnane investeeringule aktsiakapitali, mitte tähtajalisse vaikivasse allutatud sissemaksesse ning väidab, et järelikult on väärad komisjoni arvutused, mis põhinevad turuhinna vahemikul, mis on koostatud tähtajaliste vaikivate allutatud sissemaksete riskitasude jaoks. Lisaks, vaadeldes vaidlusalust sissemakset vääralt kui vaikivat allutatud sissemakset, jättis komisjon arvesse võtmata asjaolu, et lisaks lisatasule, mida kohaldati seoses asjaoluga, et vaidlusalune sissemakse on tähtajatu, oli vaja maksta täiendavat lisatasu selleks, et arvesse võtta Helaba rahalist olukorda, reklaami puudumist ja tehingu madalaid kulusid.

197 Teiseks kritiseerib hageja viisi, kuidas komisjon algse riskitasu välja arvutas.

198 Ta väidab kõigepealt, et komisjon ei hinnanud algset riskitasu määra 1998. aasta lõpu turu olukorra ja keskkonna seisukohast, vaid hilisemate tehingute seisukohast.

199 Seejärel väidab ta, et vaidlusaluse sissemakse ja võrreldavate tehingute erinevuse tõttu peaks vaidlusaluse sissemakse eest makstav tasu asetsema turuhindadel põhinevast vahemikust veel kõrgemal algse riskitasu suhtes, mis määratleti võrreldavate tehingute alusel. Ta leiab, et komisjon ei ole õigesti hinnanud vaidlusaluse sissemakse ja võrdluses kasutatud tehingute erinevusi ega ka uurinud muid olulisi erinevusi.

200 Erinevuste osas, mida komisjon uuris, st vaidlusaluse sissemakse suurus, aktsiakapitali puhvri suurus ja Helaba krediidireiting, märgib hageja, et kõik need elemendid

oleksid pidanud viima algse riskitasu suurendamiseni võrreldes võrdluse aluseks olnud tehingutega. Mis puudutab erinevusi vaidlusaluse sissemakse ja võrdluses kasutatud nende tehingute vahel, mida komisjon ei uurinud ja mis peaksid viima algse riskitasu suurendamiseni, siis leiab hageja esiteks, et kogu vaidlusaluse sissemakse märkis üks investor ja teiseks, et vaidlusalune sissemakse ei ole asendatav, mistõttu ei saa Liidumaa investeerimist Helabas lõpetada.

201 Lõpuks väidab hageja, et Dresdner Banki sissemakse summas üks miljard USA dollarit, mida mainitakse vaidlustatud otsuses ühena võrdluse aluseks olevatest tehingutest, tõendab, et vaidlusaluse sissemakse eest makstav tasu oleks pidanud olema võrdluses kasutatud vahemikust kõrgemal, kuna seda sissemakset, olenemata selle riski profiilist – mis tema arvates oli väiksem – tasustati kõrgemalt kui vaidlusalust sissemakset.

202 Komisjon ja menetlusse astujad nende argumentidega ei nõustu.

Üldkohtu hinnang

203 Esiteks, mis puudutab hageja argumenti, et komisjoni kasutatud vahemik oli ekslik, kuna see põhines vaidlusaluse sissemaksega võrreldamatutel tehingutel, siis piisab märkusest, et vaidlusaluse sissemakse kvalifikatsiooni küsimuse analüüsist nähtub, et komisjon ei ole teinud ilmset hindamisviga, asudes seisukohale, et see sissemakse sarnaneb pigem vaikivale allutatud sissemaksele kui aktsiakapitalile (vt eespool punkt 181).

204 Teiseks, mis puudutab vaidlusaluse sissemakse eest makstava algse tasu turutingimustele vastavuse analüüsi, mille komisjon läbi viis, siis tuleb kohe kõrvale jätta hageja

argument, et komisjon ei ole lähtunud turu keskkonnast vaidlusaluse sissemakse tegemise ajal. Tuleb asuda seisukohale, et isegi kui jätta arvesse võtmata viis tehingut aastast 1999, millele komisjon tugineb, siis tuleneb ülejäänud tehingute analüüsist, et komisjoni määratletud turuhindadel põhinev vahemik, st 75–160 baaspunkti, jääb muutumatuks, sest tehingud, millest tuleneb vahemiku ülempiir (Bayerische Hypo- und Vereinsbank sissemakse summas 1,2 miljardit Saksa marka) ja alampiir (Deustche Banki teine emissioon summas 700 miljonit USA dollarit), on mõlemad 1998. aastal tehtud tehingud. Hageja süüdistuse osas, et need sissemaksed ei ole vaidlusaluse sissemaksega võrreldavad, sest need on tähtajalised, tuleb meenutada, et see ei ole tunnus, mis igasuguse võrdluse välistaks.

205 Edasi tuleb uurida kõiki kaheksat asjaolu, mida hageja peab laadilt sellisteks, mis toovad kaasa turuhinnal põhineva vahemiku suurenemise algse riskitasu osas ja mida komisjon väidetavalt hindas vääralt või jättis üldse hindamata.

206 Mis puudutab esiteks Helaba rahalist seisu, siis väidab hageja, et Helaba tulu 1998. aastal oli suhteliselt väike, arvestades tasu, mida ta Liidumaale pidi maksma, mistõttu esines risk, et tulust kokkulepitud tasu maksmiseks ei piisa. Ta lisab, et Helaba muud finantsnäitajad (omavahendite tootlus, kasumi jaotamine, omavahendite osakaal) olid ajavahemikul 1984–1994 pidevalt ja selgelt halvemad võrreldes eraõiguslike pankade näitajatega.

207 Siinkohal tuleb märkida, et argumendis Helaba väidetavalt väikeste tulude kohta võrreldes tasu määraga kordab hageja argumenti tasu kaotamise riski kohta, mida vaadeldi eespool punktis 161. Nagu on tuvastatud ka eespool punktis 163, ei võimalda Helaba poolt alates 2003. aastast tasumisele kuuluva tasu ja tema 1998. aasta tulu võrdlus, mille hageja esitab, tuvastada, et esineb tasu kaotamise suurem risk. Argumendi osas,

et Helaba muud tulemused olid halvemad kui suurte eraõiguslike pankade tulemused, piisab, kui märkida, et kuigi vaidlusalune sissemakse räägiti läbi ja anti Helabale üle 1998. aasta lõpus, viitab hageja aastaid 1984–1994 puudutavatele andmetele. Seda arvestades tuleb asuda seisukohale, et hageja argumendid ei võimalda järeldada, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, jättes tuvastamata, et Helaba rahalise olukorra tõttu oleks tasu pidanud olema kokkulepitust suurem.

208 Teiseks, mis puudutab laialdase reklaami puudumist, kuna vaidlusalune sissemakse saadi ühelt investorilt, siis märgib hageja, et kahjulikku mõju, mida reklaam raskuste või emissiooni tingimuste muutmise tõttu kaasa toob, sai käesolevas asjas vältida või vähemalt kontrollida. Ta leiab, et erainvestor oleks nõudnud selle eelise kompenseerimiseks algse riskitasu suurendamist.

209 Tuleb asuda seisukohale, et see hageja kokkuvõtlik kinnitus ei ole piisav, et tõendada, et turul oleks see väidetav asjaolu ka tegelikult algse riskitasu suurenemise kaasa toonud ja et seetõttu on komisjon teinud ilmse hindamisvea, jättes käesolevas asjas sellise suurendamise arvesse võtmata. Lisaks, kuigi eelkõige tuleneb poolte viitest vaikivale allutatud sissemaksele, mille märkis üks kindlustusselts, et erainvestorid võivad märkida ka kogu sissemakse, ei esita hageja ühtegi asjaolu, mis võimaldaks asuda seisukohale, et tasu suurendamist turul tegelikult tõesti nõutakse.

210 Lisaks tunnistab hageja ka ise, et see, et vaidlusaluse sissemakse tegi üks investor, ei võimaldanud Helabal reklaami üldse ära jätta. Helaba ei saa takistada Liidumaad tuginemast võimalikele raskustele või sissemakse muutmisele, seda enam, et neid küsimusi võidakse avalikult arutada Hessischer Landtagis (Liidumaa volikogu) sama moodi nagu arutati ka vaidlusaluse sissemakse algset märkimist.

211 Kolmandaks, mis puudutab tehinguga seotud kulusid, mis väidetavalt olid Helaba puhul väiksemad, siis väidab hageja, et asjaolu tõttu, et Helaba sai sissemakse ühelt investorilt, hoidis ta kokku emissiooni korraldamise, haldamise ja läbiviimisega seotud suuri kulusid. Ta leiab, et erainvestor oleks nõudnud algse riskitasu suurendamist ka selle eelise kompenseerimiseks.

212 Tuleb asuda seisukohale, et see hageja paljasõnaline kinnitus ei tõenda, et turul oleks see väidetav asjaolu kaasa toonud algse riskitasu suurendamise. Lisaks märgib Liidumaa, et ta hoidis suure summa kokku sellega, et andis Helabale üle kogu erifondi, jaotamata vaidlusalust sissemakset erinevate pankade vahel ning et seetõttu ei ole tasu suurendamine õigustatud. Neid asjaolusid arvestades ei võimalda ka see argument järeldada, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, otsustades, et sel põhjusel ei tule tasu suurendada.

213 Neljandaks, mis puudutab tehingu suurust, siis kritiseerib hageja komisjoni hinnangut, et asjaolu, et vaidlusaluse sissemakse maht oli oluliselt suurem võrdluses kasutatud tehingute mahtudest, ei anna alust tasu suurendada, kuna vaidlusalune sissemakse on tänu etapiviisilisele kavale võrdne viie järjestikuse väiksemamahulise sissemaksega. Ta lisab, et komisjon läheb vastuollu argumentatsiooniga, mille ta esitas kohtumenetluses, milles tehti eespool punktis 7 viidatud kohtuotsus WestLB, kus ta kinnitas, et turutingimustes tegutsev investor „kes juhtub praktikas tegelema tavapäratult suurte summadega, nõuaks tootluse suurendamist”.

214 Hageja kordab argumente, mis ta esitas etapiviisilise kava heakskiitmise vaidlustamisel. Eespool punktist 131 tuleneb, et komisjon ei ole teinud ilmset hindamisviga, otsustades, et vaidlusalust sissemakset võis äritegevuse laiendamise eest sobiva tasu arvutamisel võrrelda viie väiksemamahulise vaikiva allutatud sissemaksega.

215 Igal juhul tuleb asuda seisukohale, et isegi kui mitte arvesse võtta etapiviisilist kava, ei nähtu vaidlustatud otsuse põhjenduses 164 komisjoni poolt arvessevõetud tehingute analüüsist, et tehingu suuremahulisus tõi alati kaasa riskitasu suurenemise. Nii lepiti SGZ-Bank sissemakse eest (1998. aasta oktoobris) kokku ainult summas 50 miljonit Saksa marka (umbes 25 miljonit eurot) riskitasu määraga 1,20%, samas kui Deutsche Bank maksis kahe 700 miljoni USA dollari suuruse emissiooni eest (1998. aasta jaanuaris) riskitasu vaid määraga 0,75% ja 0,8%. Sissemakse, millelt maksti kõige kõrgemat riskitasu, st määras 1,6%, oli Hypo- und Vereinsbank sissemakse (1998. aasta detsembris), mis summas 1,2 miljardit Saksa marka (umbes 613 miljonit eurot) on keskmise suurusega, kui arvestada, et Deutsche Banki kaks seotud emissiooni, mis toimusid 1998. aasta jaanuaris, olid kokku 1,4 miljardit USA dollarit.

216 Komisjoni argumendi osas, mille ta esitas kohtumenetluses, milles tehti eespool punktis 7 viidatud kohtuotsus WestLB, piisab, kui meenutada, et selles kohtuasjas vaidluse all oleva otsuse Üldkohus tühistas ja et 2004. aasta otsuses WestLB ei määranud komisjon enam tehingu suuruse tõttu lisatasu, mille põhjendatust ta tõendada oli üritanud.

217 Neid asjaolusid arvestades tuleb asuda seisukohale, et hageja ei ole tõendanud, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, jättes otsustamata, et tasu oleks pidanud olema vaidlusaluse sissemakse absoluutmahu tõttu kokkulepitust suurem.

218 Viiendaks, mis puudutab aktsiakapitali puhvrit, siis leiab hageja, et isegi kui komisjon asus vaidlustatud otsuse punktis 169 seisukohale, et vaidlusaluse sissemakse suurus võrreldes aktsiakapitaliga nõuab, et selle sissemakse eest makstav tasu oleks algse riskitasu aspektist turuhinnal põhineva vahemiku ülemises osas, oleks ta pidanud võtma arvesse ka asjaolu, et kogu sissemakse liigitati esimese taseme omavahenditeks, mis ületas Sydney deklaratsioonis kapitali segainstrumentidele ettenähtud 15% ülemmäära ja seda Helaba, mitte tema kontserni tasemel.

219 Tuleb asuda seisukohale, et kuna tähtajatuse tõttu sai kogu sissemakse lugeda Helaba esimese taseme omavahendite hulka kuuluvaks, ei saa järeldada, et hageja väidetud

asjaolu tõttu peaks tasu lisaks tähtajatusest tulenevale suurendamisele veel eraldi suurendama. Mis puudutab asjaolu, et vaidlusalune sissemakse loeti Helaba esimese taseme omavahenditeks, mitte selle kontserni esimese taseme omavahenditeks, kuhu Helaba kuulub, siis tuleb meenutada, et hageja piirdub kinnitusega, et see liigitus annab Helabale fondi kasutamisel rohkem paindlikkust. Arvestades komisjoni suurt kaalutlusruumi turutingimustele vastava tasu kindlaksmääramisel, tuleb märkida, et see väide ei tõenda kuidagi, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea.

220 Seega tuleb asuda seisukohale, et hageja argumendid ei võimalda järeldada, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, jättes otsustamata, et tasu oleks aktsiakapitali puhvri väiksuse tõttu pidanud olema kokkulepitust suurem.

221 Kuuendaks, mis puudutab Helaba pikaajalist krediidireitingut, siis kritiseerib hageja vaidlustatud otsuse punktis 171 esitatud komisjoni hinnangut, mille kohaselt leiaks erainvestor, et Helabaga tehtud tehingute osas on investeeringu kaotamise risk võrreldav investeeringuga sellisesse suurde eraõiguslikku panka, millele vaidlustatud otsuses viidatakse. Ta kinnitab, et on mõeldamatu, et riigi tagatiseta oleks see krediidireiting ja vaidlustatud otsuses viidatud suurte eraõiguslike pankade reitingud võrreldavad, ning järelikult mõeldamatu, et võrdluses oleks saanud kasutada neid tehinguid ilma mingite kohandusteta. Lisaks leiab ta, et komisjon ei ole selles osas oma hinnangut põhjendanud.

222 Tuleb märkida, toetamaks oma kinnitust, et on mõeldamatu, et riigi tagatiseta oleks Helaba pikaajaline krediidireiting ja vaidlustatud otsuses viidatud suurte eraõiguslike pankade reitingud võrreldavad, piirdub hageja viitega sellele, et kui Helaba suhtarve oleks võrreldud suurte eraõiguslike pankade suhtarvudega, oleks esimene „tõenäoliselt" saanud ebasoodsama reitingu.

223 Lisaks ei vaidlusta hageja Saksamaa Liitvabariigi kinnitust, millele komisjon tuginеb vaidlustatud otsuses (põhjendus 171) ning mille kohaselt ei eksisteerinud või eksisteeris alles alates 2001. aastast meetod, kuidas arvutada regionaalsete pankade pikaajalist krediidireitingut – kui mitte arvestada sel ajal avalikule võimule pandud tööshoidmise ja tagamise kohustust. On tõsi, et repliigis väidab hageja, et kui neid riigi tagatisi mitte arvesse võtta, oli Helaba krediidireiting aastatel 1998 ja 1999 madalam kui suurtel eraõiguslikel pankadel; ta viitab selles suhtes Helaba individuaalsetele ja finantstugevusreitingutele, võrreldes neid nimetatud eraõiguslike pankade reitingutega nendel aastatel. Arvestades, et selle kinnituse toetuseks esitatud dokumendist nähtub, et individuaalsed krediidireitingud ja finantstugevusreitingud on kaks pikaajalise krediidireitingu eri reitingut, ei piisa lihtsalt viitest nendele Helaba madalamatele reitingutele ilma muude täpsustusteta, et tõendada, et pikaajaline krediidireiting oleks kindlasti samuti olnud suurte eraõiguslike pankade reitingust madalam, kui see oleks määratletud nii, et ei arvestata riigi tagatisi; samuti ei ole tõendatud, et 1998. aasta lõpus eksisteeris meetod, kuidas seda krediidireitingut Helaba suhtes kindlaks määrata.

224 Neid asjaolusid arvestades tuleb asuda seisukohale, et hageja ei tõenda, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, eeldades, et kuna 1998. aasta lõpus puudus eraldi meetod selleks, et arvutada regionaalsete pankade pikaajalist krediidireitingut, jättes arvestamata riigi tagatised, oleks erainvestor leidnud, et investeeringu kaotamise risk tehingu tegemisel Helabaga on võrreldav riskiga investeerimisel mõnda vaidlustatud otsuses viidatud suurde eraõiguslikku panka.

225 Samuti on vaidlustatud otsus selles osas piisavalt põhjendatud. Nimelt tuleb märkida, et hageja poolt kritiseeritud komisjoni hinnangu eesmärk ei olnud eitada tasu sellise võimaliku suurendamise asjakohasust, vaid kalduda nõustuma Saksamaa Liitvabariigi pakutud tasu vähendamisega, kuna riigi tagatiste tõttu oli Helabasse investeerimisega kaasnev risk väidetavalt väike. See asjaolu selgitab, et komisjon piirdub vaid nende põhjuste väljatoomisega, miks tasu arvutus ei pea põhinema Helaba pikaajalisel krediidireitingul 1998. aasta lõpus ega keskendu täpsele krediidireitingule, mis talle oleks antud riigi tagatiste puudumisel.

226 Seitsmendaks, mis puudutab asjaolu, et kogu sissemakse tegi üks investor, siis väidab hageja, et võrdluses kasutatud tehingute puhul märkisid sissemakse mitu investorit, millest igaüks investeeris üldjuhul 5–10 miljonit eurot ja ainult erandjuhtudel kuni 100 miljonit eurot. Ta kinnitab, et kui Liidumaa sai Helaba omavahendites 40% osaluse, siis võrdluses kasutatud tehingute alusel sai investor asjassepuutuvates pankades vähem kui 1% osaluse.

227 Hageja vaidlustab kostja vastuses esitatud komisjoni kinnituse, et arvestades turu olukorda 1998. aasta lõpus, ei ole emissioonis iga investori osa eristamine põhjendatud. Ta väidab, et see kinnitus on vastuolus Üldkohtu kohtupraktikaga, sest eespool punktis 7 viidatud kohtuotsuses WestLB (punkt 225) otsustas Üldkohus, et erainvestor „soovib teenida maksimaalselt tulu, võtmata aga liigseid riske võrreldes teiste turuosalistega". Ta leiab, et võrreldes teiste turuosalistega on investori risk palju suurem, kui ta osaleb emissioonis ainsa investorina, eriti kui emissiooni kogumaht on suur, võrreldes investori riskiga siis, kui ta märgib koos teiste turuosalistega emissioonis, mille kogumaht on väiksem, palju väiksema osa sellest emissioonist, nagu Saksa eraõiguslike pankade tehingute puhul, millele komisjon võrdluses viitas.

228 Ta lisab, et vaidlusalune sissemakse tõstab Liidumaa portfelli riskiprofiili oluliselt, kuna tema riskid koonduvad ühte võlausaldajasse. Ta märgib, et riskide hajutamisel on ettevõtja riskide haldamisel üldpõhimõtteline väärtus ja „suurte riskide" investeerimispiirangute nõuetes lähtutakse põhimõttest, et riski koondumine ühte võlausaldajasse on eriti ohtlik.

229 Selle kohta tuleb märkida, et isegi kui kogu sissemakse märkimine toob kaasa 40% osaluse emiteeriva panga esimese taseme omavahendites ning see tähendab investorile suuremat riski kui ainult emissiooni ühe osa märkimisel, mis annaks alla 1% esindatuse nendes omavahendites, oleks tasu suurendamine õigustatud vaid juhul,

kui see asjaolu annaks emiteerivale pangale eelise, mille eest ta on nõus maksma, või kui sellel pangal on vaja investori pakutud rahalisi vahendeid, mida ta teistelt isikutelt ei saaks. Samas, kui investori riski suurenemine tuleneb otsusest, mille ta võttis vastu tema eripäraga seotud põhjustel, ja kui teda ei mõjutanud panga soovid või vajadused, keelduks viimane maksmast suuremat tasu ning hangiks need rahalised vahendid teistelt investoritelt (vt selle kohta eespool punktis 7 viidatud kohtuotsus WestLB, punkt 320).

230 Riski suurenemine, mille toob Liidumaale kaasa see, et talle kuulub suur osalus Helaba esimese taseme omavahendites, on käesolevas asjas selle tulemus, et Helaba otsustas erifondi mitte osadeks jagada negatiivsete tagajärgede tõttu, mis sellest oleksid tekkinud, tegemata seda Helaba huvides, kellel, nagu tuvastatud (vt eespool punktid 39–42), ei olnud vajadust omavahendeid kiirkorras oluliselt suurendada, mis oleks võinud sundida teda nõustuma tasu suurendamisega.

231 Samuti ei ole alust järeldada, arvestades etapiviisilist kava, et Helaba ei oleks saanud vaidlusaluse sissemakse summas vahendeid turult ja seda vajadusel mitmelt eri investorilt, tingimustel, mis oleks samuti võimaldanud nende vahendite arvamise esimese taseme omavahendite hulka ja riskitasu eest, mille määr oleks olnud võrdne Liidumaa ja Helaba vahel kokkulepituga.

232 Seetõttu ei ole ilmne, isegi kui Liidumaa osa suurus Helaba esimese taseme omavahendites tähendab talle riski suurenemist, et see asjaolu on käsitletav eelisena, mille eest Helaba oleks pidanud maksma lisatasu. Neid asjaolusid arvestades tuleb asuda seisukohale, et komisjon ei ole teinud ilmset hindamisviga, jättes otsustamata, et tasu oleks pidanud olema kokkulepitust suurem põhjusel, et vaidlusaluse sissemakse märkis vaid üks investor.

233 Kaheksandaks, mis puudutab vaidlusaluse sissemakse asendamatust või vähest asendatavust, siis väidab hageja, et see asjaolu eristab vaidlusalust sissemakset komisjoni poolt võrdluses kasutatud tehingutest, sest Liidumaal puudus õigus investeering tagasi võtta.

234 Tuleb märkida, nagu on mainitud ka eespool punktis 229, et asjaolu, et üks tehingu aspekt toob investorile kaasa riski suurenemise, õigustab tasu suurendamist ainult juhul, kui see aspekt annab pangale eelise või kui pank ei saa talle pakutavatest rahalistest vahenditest keelduda.

235 Käesolevas asjas ei anna vaidlusaluse sissemakse asendamatus või selle vähene asendatavus Helabale eelist.

236 Nimelt tuleneb toimikust, et turul olevad vaikivad allutatud sissemaksed on turul äriühingu vahendusel, kes märgib sissemakse nn emissiooni vaikiva korraldajana ja hangib vajaliku kapitali turult. Investorid ei märgi sel juhul vaikivaid allutatud sissemakseid emiteeriva panga emissiooni kaudu vaid vahendaja emissiooni kaudu. Emissiooni vaikiv korraldaja ei tohi võõrandada oma õigusi vaikivas allutatud sissemakses ilma panga nõusolekuta.

237 Käesolevas asjas osaleb Liidumaa, kellele juba kuulus investeeritav kapital, tehingus emissiooni vaikiva korraldaja ja mitte vahendaja rollis. Sellest tuleneb, et Helaba seisukohast viiakse tehing läbi nii, nagu sissemakse oleks emiteeritud turule, ning ta ei saa mingit täiendavat eelist seetõttu, et vaidlusalune sissemakse ei ole börsil noteeritud, sest ainsad tema jaoks asjassepuutuvad emissiooni tunnused on need, mis võimaldavad sissemakset käsitleda esimese taseme omavahendina üle Sydney deklaratsiooniga kapitali segainstrumentide suhtes kehtestatud omavahendite 15% piirmäära, ja nendeks tunnusteks on tähtajatus, emissiooni vaikiva korraldaja suhtes kehtiv keeld sissemakse üle anda ja *step-up* tingimus. Selles suhtes tuleb märkida, et vastates kohtuistungil Üldkohtu küsimusele eelise kohta, mida Helaba sai sellest, et vaidlusalust

sissemakset börsil ei noteeritud, kinnitas hageja, et tal ei ole võimalik teada, kas see asjaolu tegelikult Helabale mingi eelise andis.

Järeldus algse tasu ja algse riskitasu turuhinna võrdluse kohta

238 Kõigist eeltoodud kaalutlustest järeldub, et käesoleva asja asjaoludel võis komisjon asuda seisukohale, ilma et ta teeks ilmset hindamisviga, et Liidumaaga sarnases olukorras olev erainvestor ei oleks saanud Helabalt suuremat algtasu kui see, milles pooled kokku leppisid, kuna asjaolud, mille tõttu Liidumaa risk suurenes, tulenesid tema erifondi eripärast ja tema enda valikutest ning ei andnud Helabale eelist võrreldes sellega, mis ta oleks turult saanud. Neid asjaolusid arvestades ei ole komisjon teinud ilmset hindamisviga, otsustades, et kogukulu 1,43%, mis tekkis Helabale vaidlusaluse sissemakse algsest tasust, arvestades ka kutsetegevusmaksu mõju, ei andnud Helabale eelist, mida ta ei oleks turutingimustel saanud.

c) Tähtajatuse lisatasu ja tähtajatuse tõttu suurendatud riskitasu turuhinna võrdlus

Vaidlustatud otsus

239 Vaidlustatud otsuses tuvastas komisjon, et vaidlusalune sissemakse erines enamikust Saksamaa Liitvabariigi viidatud tehingutest selle tõttu, et tegemist oli „tähtajatu instrumendiga" ja leidis, et see asjaolu tingib tasu suurendamise, kuna Liidumaale tekib sellest suurem risk, sest ta ei saa kaasa minna intressimäära muutustega turul,

ja Helabale tekib majanduslik lisaeelis, sest ta saab ületada Sydney deklaratsioonis kehtestatud 15% ülemmäära (vaidlustatud otsuse põhjendused 173 ja 174).

240 Komisjon märgib, et selleks, et kindlaks teha, kas määr 0,23%, mis vastab poolte vahel kokkulepitud tähtajatuse lisatasule, mida on suurendatud kutsetegevusmaksu osa võrra, vastab turutingimustele, ei saa ta tugineda tehingu tegemise aja turuandmetele või saab seda teha vaid väga piiratult, kuna pooled tegutsesid turul teatud mõttes teerajajatena. Ta kinnitab aga, et riiklikku investorit või avalik-õiguslikku panka ei saa takistada tegutsemast turul teerajajana ja seega tuleb uurida ainult seda, kas tähtajatuse lisatasu kindlaksmääramisel ei ole majanduslikus mõttes tehtud ilmset hindamisviga, st kas see näiteks põhineb vääradel hindamiskriteeriumidel (vaidlustatud otsuse põhjendused 176 ja 177).

241 Ta kinnitab, et arvestades andmete puudulikkust vaidlusaluse sissemakse tegemise aasta ja sellele järgnenud aasta kohta, on vastuvõetavad Saksamaa Liitvabariigi esitatud arvutused, mis põhinevad Deustche Banki „tähtajatu instrumendi" ja Dresdner Banki vaikiva allutatud sissemakse eest makstava tasu võrdlusel ja mille kohaselt suureneb tasu 0,29%. Ta järeldab, et pole põhjust arvata, et asjassepuutuv võrreldav tähtajatuse lisatasu määr 0,23% aastas jääb turuandmetel põhinevast vahemikust allapoole ning et seepärast sai Helaba eelise, st riigiabi (vaidlustatud otsuse põhjendused 182 ja 183).

Poolte argumendid

242 Hageja väidab, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, otsustades, et puudus vajadus muuta võrdluses kasutatud vahemikku, mis oli arvutatud andmete alusel tähtajaliste vaikivate allutatud sissemaksete kohta, et arvesse võtta vaidlusaluse sissemakse tähtajatust.

243 Esiteks väidab hageja, et komisjon on teinud vea, otsustades, et Liidumaa ja Helaba tegutsesid teerajajatena ja et järelikult on tal suurem kaalutlusruum. Hageja arvates ei tegutsenud Liidumaa ja Helaba teerajajatena, kuna hiljem ei tehtud ühtki tehingut, millel oleksid olnud vaidlusaluse sissemakse tunnused, ja kuna eriti enne vaidlusaluse sissemakse tegemist Hessischer Landtagis toimunud diskussioonidest nähtub, et pooled soovisid võimalikult suures ulatuses kopeerida tehinguid, mis olid sõlmitud teiste liidumaade ja Landesbankenite vahel ja milles makstud tasu osas oli komisjon otsustanud, et neis esines riigiabi elemente.

244 Teiseks väidab hageja, et komisjon ei oleks tohtinud oma analüüsis arvesse võtta „tähtajatuid instrumente", mis emiteeriti ajavahemikul 1999. aasta maist kuni 2003. aasta detsembrini. Ta leiab, et kuna mingeid andmeid turu kohta saada ei olnud, ei saa komisjon eeldada, et asjaolud, millega erainvestor oleks arvestanud ajavahemikul 1999. aasta maist kuni juulini või 2003. aasta detsembris, eksisteerisid samal kujul juba 1998. aasta lõpus, kuna Euroopa kapitalituru tegelik areng tõendab vastupidist. Ta on arvamusel, et seetõttu on mis tahes põhjuseta 1999. aasta konkurentsiolukorra ülekandmine 1998. aastale ilmne viga.

245 Kolmandaks leiab ta, et igal juhul ei ole need neli tehingut – millest kolm tegi Deutsche Bank ja ühe Dresdner Bank –, mida komisjon võrdluses kasutas selleks, et arvutada tähtajatuse lisatasu, vaidlusaluse sissemaksega võrreldavad oma kogumahult ja ühe investori investeeritud summalt, osalt, mida erinevad sissemaksed esindasid emiteerivate pankade esimese taseme omavahendites, investeeringu käsitlemiselt panga või kontserni esimese taseme omavahenditena ja ka võimaluselt investeering lõpetada.

246 Neljandaks väidab ta, et vastupidi komisjoni poolt väidetule ei saa Deutsche Banki „tähtajatu instrumendi" tasu suhtes kohaldatud ulatuslikumat suurendamist – võrreldes Dresdner Banki vaikiva allutatud sissemaksega – õigustada „tähtajatu instrumendi" soodsama krediidireitinguga. Kohtuistungil Üldkohtu küsimusele vastates

selgitas hageja, et selle argumendiga tahtis ta väita, et kuna krediidireitinguid mõjutavad väga mitu faktorit, ei võimaldanud Deutsche Banki „tähtajatu instrumendi" ebasoodsam krediidireiting võrreldes Dresdner Banki tähtajalise vaikiva allutatud sissemaksega asuda seisukohale, et turul oleks tähtajatuse lisatasu väiksem kui 0,29%, mis arvutati välja nende kolme tehingu alusel.

247 Komisjon ja menetlusse astujad nende argumentidega ei nõustu.

Üldkohtu hinnang

248 Esiteks, mis puudutab hageja argumenti, et Liidumaa ja Helaba ei tegutsenud teerajajatena, sest nad vaid imiteerisid Landesbankenite varasemaid tehinguid, siis tuleb kõigepealt märkida, nagu toonitab ka Helaba, et seda argumenti ei toeta Hessischer Landtagi majanduskomisjoni 2. detsembri 1998. aasta istungi protokoll, millele hageja tugineb. Tõsi, sellest dokumendist nähtub, et neid tehinguid võeti arvesse, kuid sellest nähtub ka, et Liidumaa ja Helaba võtsid arvesse asjaolu, et komisjon oli nende tehingute suhtes uurimised algatanud ja et vaidlusaluse sissemakse tingimuste kokkulepet ei saavutatud asjassepuutuvate aruteludeta. Edasi, mis puudutab argumenti, et hiljem ei tehtud ühtegi vaidlusalusele sissemaksele sarnast tehingut, siis piisab viitest eelnevale analüüsile vaidlusaluse sissemakse kvalifikatsiooni kohta ja selle erinevuste arvessevõtmise kohta, et määratleda turutingimustele vastav tasu.

249 Teiseks, hageja argumendi osas, et komisjon ei tohtinud võtta arvesse „tähtajatuid instrumente", mis emiteeriti ajavahemikul 1999. aasta maist kuni 2003. aasta detsembrini, siis tuleb märkida, et komisjon ei saanud olla vastu Liidumaa ja Helaba vahel kokkulepitud tähtajatuse lisatasule, omamata mingeidki andmeid, millele ta oleks saanud tugineda, väitmaks, et see lisatasu oli turuhinnast väiksem. Nende andmete leidmiseks ja seeläbi vaidlusaluse sissemakse poolte tegevusruumi piiritlemiseks uuris komisjon turu hilisemat arengut. Neid asjaolusid arvestades ei tõenda hageja oma kriitikaga, milles üritatakse takistada komisjoni kasutamast andmeid, mis

pärinevad vaidlusalusele sissemaksele järgnenud ajast, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, otsustades, et ei ole põhjust järeldada, et Liidumaa ja Helaba kokkulepitud tähtajatuse lisatasu ei vastanud turutingimustele.

250 Igal juhul tuleb asuda seisukohale, et hageja argument, mille kohaselt kapitali segainstrumentide turu maht suurenes 1999. aastal oluliselt, ei ole piisav, et tõendada, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, otsustades, et ta võis tugineda vaidlusaluse sissemakse tegemise ajast hilisematele tehingutele, kuna ei ole põhjust eeldada, et vaikiva allutatud sissemakse tähtajatuse lisatasu oleks ajas oluliselt muutunud (vaidlustatud otsuse põhjendused 177 ja 178). Nimelt, lihtsalt asjaolu, et kapitali segainstrumentide turu maht 1999. aastal väga oluliselt suurenes, ei tähenda – vastupidi komisjoni poolt vaidlustatud otsuses kinnitatule –, et tähtajatuse lisatasu oli sel aastal väiksem, mistõttu võis komisjoni poolt andmete kasutamine viitega sellele ajavahemikule tema järeldust moonutada. Lisaks ei selgita hageja, kuidas turu suurenemine mõjutas tähtajatuse lisatasu määra. Hageja ei esita ka argumente, mis võimaldaksid asuda seiskohale, et Liidumaa ja Helaba ei võinud 1998. aasta detsembris õiguspäraselt välja arvutada lisatasu suurust, mille määratlesid hiljem teised pangad.

251 Kolmandaks, mis puudutab väidet, et vaidlusalune sissemakse ei ole komisjoni poolt mainitud nelja sissemaksega võrreldav, siis tugineb hageja Üldkohtu poolt juba tagasi lükatud argumentidele, mis on esitatud palju kordi hageja kinnituse toetuseks, et vaidlusaluse sissemakse riski profiil takistab seda sissemakset võrdlemast teiste vaikivate allutatud sissemaksetega.

252 Hageja kinnitab ka, et see, et komisjoni võrdluses kasutatud sissemaksed on börsil noteeritud, tähendab, et need ei ole investori seisukohast tähtajatud ja et järelikult

on kapitali kaotamise lisarisk võrreldes tähtajalise kapitaliinstrumendiga olematu, kui see üldse eksisteerib. Samas vaidlusaluse sissemakse puhul ei ole Liidumaal õigus investeeringut tagasi võtta ja järelikult peaks tähtajatuse lisatasu olema suurem kui börsil noteeritud sissemaksete puhul.

253 Seetõttu tuleb selle kohta märkida, et erinevus komisjoni poolt võrdluses kasutatud sissemaksete ja vaidlusaluse sissemakse asendatavuse astmes ja järelikult ka investeerimise lõpetamise võimalikkuses on vaid selle tagajärg, et erinevalt börsil noteeritud vaikivatesse allutatud sissemaksetesse investeerinud investoritest ei investeerinud Liidumaa likviidset ja seega asendatavat vara, vaid erifondi, mida ta ei soovinud müüa ja mille tagasimakset soovis ta vaid mitterahalisena. Lisaks see, et Liidumaal puudus või oli väga piiratud õigus investeering tagasi võtta, ei tekita Helabale täiendavat eelist, mille eest ta oleks seega pidanud maksma.

254 Niisiis tuleb asuda seisukohale, et käesolevas asjas oleks tavalistes turutingimustes läbirääkimistel olnud Liidumaaga samas olukorras oleval erainvestoril olnud võimatu jätta tähelepanuta, et investeeringu tagasivõtmise võimaluse puudumine või selle õiguse piiratus oli erifondi haldamisel Liidumaa enda tehtud valiku tagajärg ega tulenenud Helaba vajadustest. Nii oleks selline investor pidanud võtma arvesse Helaba seisukohti ja asjaolu, et Helaba ei saa maksta suuremat tasu eeliste eest, mis tekkisid Liidumaale tema enda valikute tõttu ega andnud täiendavat eelist Helabale.

255 Neljandaks, mis puudutab hageja argumenti, et Deustche Banki „tähtajatu instrumendi" ebasoodsam krediidireiting võrreldes Dresdner Banki tähtajalise vaikiva allutatud sissemaksega ei võimaldanud vähendada tähtajatuse lisatasu, mis on nende tehingute võrdluses välja arvutatud, siis tuleb märkida, et komisjon ei pidanud Saksamaa Liitvabariigi esitatud arvutust täpseks, piirdudes kinnitusega, et see on vastuvõetav. Lisaks tuleb hageja argumendis tagasi selle juurde, et komisjon ei oleks tohtinud käesolevas asjas läbi viia võrdlust turuga, kuna, nagu ta möönis ka kohtuistungil, turul

tehtud iga tehingu tasu sõltub väga mitmest faktorist, mille mõju lõplikule tasule on arvudes väga raske täpselt väljendada.

256 Igal juhul tuleb märkida, et kuna komisjoni järeldus kokkulepitud tähtajatuse lisatasu kohta ei põhine käesolevas asjas ainult sellel arvutusel, ei saa see argument, isegi kui see oleks põhjendatud, tõendada, et selles järelduses on tehtud ilmne hindamisviga. Nimelt, nagu on viidatud eespool punktides 240 ja 241, võttis komisjon arvesse just nimelt asjaolu, et Liidumaa ja Helaba tegutsesid turul teerajajatena, ja teisejärgulisena asjaolu, et Saksamaa Liitvabariigi mainitud „tähtajatute instrumentide" tasu võrdlus ei võimaldanud järeldada, et „tähtajatute instrumentide" tasu vahemik asus kõrgemal tähtajaliste vaikivate allutatud sissemaksete vahemikust.

257 Arvestades kõiki eeltoodud kaalutlusi tuleb asuda seisukohale, et hageja ei ole tõendanud, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, otsustades, et tal puuduvad tõendid, et järeldada, et tähtajatuse hinnalisa võrreldav määr 0,23% aastas jääb turuhindandel põhinevast vahemikust allapoole ning et seepärast sai Helaba eelise ja järelikult ka riigiabi.

Järeldus riskitasu turutingimustele vastavuse kohta

258 Eeltoodust järeldub, et komisjon ei ole teinud ilmset hindamisviga, otsustades, et Helaba kulud, mida ta kandis seoses vaidlusaluse sissemaksega, vastasid võrreldavate tehingute riskitasu turuhinnale ja järelikult ei tekkinud Helabale eelist, mida ta ei oleks turutingimustes saanud.

5. *Asjaolu, et komisjon arvas tasust maha refinantseerimiskulud, mis tekkisid Helabale sissemakse mittelikviidsuse tõttu*

a) Vaidlustatud otsus

259 Komisjon märgib, et arvestades, et vaidlusalune sissemakse ei andnud Helabale likviidseid vahendeid, kandis ta täiendavaid refinantseerimiskulusid võrreldes kuludega, mida kannab pank, kes saab likviidse sissemakse, kuna Helaba pidi need likviidsed vahendid turult lisaks hankima, et samamoodi oma tegevust laiendada (vaidlustatud otsuse põhjendus 184). Seetõttu leiab ta, et Helaba peaks tasuma vaid riski eest, mis Liidumaa rahalistele vahenditele tekib, st ta peaks Liidumaale maksma riskitasu ainult määras, mis ületab pankadevahelise refinantseerimise intressimäära turul (vaidlustatud otsuse põhjendused 162 ja 187).

260 Komisjon lükkab tagasi hageja argumendi, et tasust tuleb maha arvata vaid refinantseerimiskulud pärast maksude mahaarvamist, märkides, et erinevalt hageja viidatud WestLB asjast ei anna vaidlusalune sissemakse Helabale õigust täiendavale maksu vähendamisele võrreldes likviidse sissemaksega, mis õigustaks väiksemat vähendamist (vaidlustatud otsuse põhjendused 185 ja 186).

b) Poolte argumendid

261 Hageja väidab esiteks, et vaidlustatud otsus on puudulikult põhjendatud ja teiseks vastuolus erainvestori kriteeriumiga.

262 Põhjenduse puudumise kohta kinnitab ta, et refinantseerimiskulu täielik mahaarvamine on täiesti vastupidine seisukohale, mille komisjon võttis ametliku uurimismenetluse algatamise otsuses, ja Üldkohtu kohtupraktikale, ning leiab, et neil asjaoludel oleks komisjon pidanud oma otsust põhjendama eriti hoolikalt. Ta väidab, et vaidlustatud otsusest ei ole võimalik aru saada, millistele kriteeriumidele komisjon tugines, otsustades, et Helabal tekivad tõesti täiendavad refinantseerimiskulud refinantseerimise brutomääras, miks peab Helaba maksma riskitasu vaid osas, mis ületab võrdluse aluseks kasutatud intressimäära, kas riskitasu peab tulenema refinantseerimise brutomäärast või Liborist või Euriborist, või kas võrdluse aluseks kasutatud intressimäär ja Libor on samad.

263 Erainvestori kriteeriumi kohaldamise suhtes märgib hageja, et arvestades, et Helaba peab maksma vaid riski eest, mis Liidumaa erifondile vaikiva allutatud sissemakse vormi andmisel tekib, siis on komisjon seda kriteeriumi vääralt kohaldanud esiteks põhjusel, et mittelikviidsust kompenseerib juba erifondi väike kaasamisväärtus, teiseks põhjusel, et erainvestor ei nõustuks sellega, et tema tasu vähendataks tema investeeringu mittelikviidsuse tõttu, ja kolmandaks põhjusel, et igal juhul on Üldkohus juba otsustanud, et mittelikviidsuse tõttu nõustuks erainvestor vaid vähendamisega panga tegelikult kantud kulude ulatuses.

264 Komisjon ja menetlusse astujad nende argumentidega ei nõustu.

c) Üldkohtu hinnang

265 Mis puudutab väidetavat põhjenduse puudumist, siis tuleb märkida, et vaidlustatud otsuse põhjendustest 184–187 nähtub, et asjaolu, et komisjoni hinnangul ei ole investeering esimese taseme omavahenditesse likviidne, toob pangale kaasa suuremaid kulusid võrreldes likviidse investeeringu kuludega, kuna pank peab hankima investeeringu väärtusele vastavas summas likviidseid vahendeid turult. Pank nõustuks

seega selle investeeringuga ainult juhul, kui kokkulepitud tasus sisalduvad investeeringu mittelikviidsusest tulenevad täiendavad kulud, mis lubab tal seega sellise investeeringu kulud tuua samale tasemele kui investeeringu puhul, mil antakse üle likviidseid vahendeid.

266 Kuna nii vaikiva allutatud sissemakse kui vaidlusaluse sissemakse puhul tasutakse nii sissemakse eest makstav tasu kui täiendavad kulud enne maksude mahaarvamist, siis leiab komisjon, et likviidse sissemakse kulud ja mittelikviidse sissemakse kulud saavad olla samad ainult juhul, kui sissemakse eest makstav tasu arvutatakse nii, et arvesse ei võeta intressimäära, millega likviidsete vaikivate allutatud sissemaksete puhul tasustatakse likviidsete vahendite kättesaadavaks tegemist. Samas juhul, nagu ka WestLB asjas, kui investeeringu tasu makstakse pärast maksude mahaarvamist, sest investeering ei ole tehtud vaikiva allutatud sissemakse kujul, kuigi refinantseerimiskulusid käsitletakse samuti kutsetegevusega seotud kuludena ja neid makstakse enne maksude mahaarvamist, saab arvesse võtta ainult refinantseerimise netokulusid, kuna vastupidisel juhul oleks mittelikviidne investeering pangale vähem tulusam kui likviidne investeering. Komisjon leiab, et viimasel juhul nõuaks investor, et tema tasu oleks suurem, et kompenseerida seda pangale tekkivat eelist.

267 Tuleb märkida, et komisjon on piisavalt selgitanud, sh ka just WestLB asja kohta, mis põhjustel kannab Helaba tema arvates käesolevas asjas tegelikult täiendavaid refinantseerimiskulusid refinantseerimise brutomääras võrreldes likviidse vaikiva allutatud sissemaksega ja seega miks tuleb Helabal tasuda riskitasu vaid võrdluse aluseks võetud intressimäära ületavas osas. Lisaks, seda põhjendust arvestades ei tulnud komisjonil ära märkida, kas riskitasu oleks pidanud tulenema refinantseerimise brutomäärast või Liborist või Euriborist, ega ka seda, milline oleks pidanud olema võrdlusel aluseks võetav intressimäär.

268 Hageja argumente finantseerimiskulude mahaarvamise põhjendatuse kohta tuleb käsitleda eraldi.

Argument, et mittelikviidsust on juba arvesse võetud väikse kaasamisväärtuse kujul

269 Hageja väidab, et kuigi erifondi laenuportfell oli 31. detsembri 1998. aasta seisuga umbes 4 miljardit eurot, oli Helaba bilanssi kantud vaikiva allutatud sissemakse väärtus vaid 1,264 miljardit eurot. Ta väidab, et korrigeeritud väärtuse kindlaksmääramisel muutus vaidlusaluse sissemakse väärtus võrdseks aktiva kõigi muude kirjetega, sh sularahaga samas summas, eriti selles suhtes, et ta peaks teenima intresse tavalise turuhinnaga. Ta tuletab sellest, et erainvestor võtaks arvesse tulu, mida Helaba erifondi väärtuse tõusust saab, ja kõrvutaks neid tulusid panga võimalike refinantseerimiskuludega.

270 Selle kohta tuleb märkida, nagu kinnitab ka komisjon, et erifondi väärtuse hindamisel selle Helabale üleandmise päeval ei ole mingit seost täiendavate kuludega, mille Helabale tekitab vaidlusalune sissemakse võrreldes likviidse vaikiva allutatud sissemaksega. Nimelt see, et erifondi väärtuse hindamisel ei võetud arvesse Helabale mittelikviidsusest tekkinud ebasoodsat mõju ning refinantseerimiskulusid, mida ta kandma pidi, et oma tegevust maksimaalselt laiendada, tuleneb selgelt asjaolust, et seda hinnangut ei koostanud mitte ainult vaidlusaluse sissemakse pooled, vaid ka BAKred, ja seda selleks, et tuvastada, mis väärtus tuleb kirjendada Helaba bilansis esimese taseme omavahendina. See väärtus, mis arvutatakse välja muude võlausaldajate kaitseks, on seega sama, olenemata sellest, kas Helaba otsustab tegelikult oma tegevust maksimaalselt laiendada või mitte. See on järelikult objektiivne väärtus, mis ei sõltu erifondi kasutamisest. Nimetatud väärtus jääks samaks, kui fond oleks müüdud erakapitalil põhinevale ettevõtjale või avaliku võimu kandjale, kes oleks lihtsalt tahtnud erifondi tegevust jätkata ja kellel ei oleks selleks fondi väärtuse ulatuses likviidseid vahendeid vaja olnud.

271 Lisaks, WestLB asja haldusmenetluses komisjoni nõutud ekspertarvamus kinnitab seda järeldust. Nimelt kinnitab näide sellest aruandest, mis on toodud Suurbritannia

ja Põhja-Iiri Ühendkuningriigi ametiasutuste poolt sõjaväelastele turuhinnast madalama hinnaga välja üüritud majade müügi alusel, kus ostja maksis hinna, mis vastas nende majade korrigeeritud väärtusele, et see väärtus vastab objektiivsele müügihinnale, olenemata sellest, kuidas ostja kavatseb üleantud vara kasutada.

272 Asjaolu, mis selles aruandes esile tuuakse ja millele hageja käesolevas asjas tugineb, et esitada vastuargumente refinantseerimiskulude mahaarvamise suhtes, mille kohaselt peaks üleantud erifond peale korrigeeritud väärtuse väljaarvutamist hakkama teenima turuhinnaga intressi, on küll õige, kuid mitte selline, mis seda mahaarvamist takistaks. Nimelt esiteks tuleneb sõnast „peaks", mida selles aruandes kasutatakse, et tegemist on hinnanguga, mitte kindla faktiga, mida võiks arvesse võtta, et kompenseerida refinantseerimiskulusid. Seega ei saa välistada, et rahaliste vahendite väärtus, mida korrigeeritakse mõni aasta pärast nende esialgset hindamist, ei ole enam võrdne selle esialgse väärtusega, mis suureneb intresside võrra, vaid on väiksem näiteks seetõttu, et antud laenudest ei ole osasid tagasi makstud. Teiseks tuleb märkida, et vaidlustatud otsusest, eriti põhjendustest 18 ja 30 nähtub, et rahaliste vahendite bilansis kirjendatud väärtus ajavahemikul 1999–2003 ei muutunud ja et erifondi kaasamine Helaba vahenditesse ei tekitanud pangale likviidseid vahendeid või tulu, kuna sotsiaalelamuehitusega seotud laenude tagasimaksed tehakse erifondi, mida tuleb kasutada abiks. Sellest tuleneb, et see, et erifondi korrigeeritud väärtus on väiksem tema nominaalväärtusest, ei tekita Helabale iga-aastast tulu.

273 Seetõttu tuleb asuda samale seisukohale, mis komisjon ja menetlusse astujad, et asjaolu, et erifondi korrigeeritud väärtus selle kaasamise hetkel, nagu seda hindavad pooled ja BAKred, on väiksem tema nominaalväärtusest, ei kompenseeri ega peagi kompenseerima Helaba finantseerimiskulusid, mida ta kannab, et hankida turult likviidseid vahendeid vaidlusaluse sissemakse summa ulatuses. Niisiis tuleb käesolev argument tagasi lükata ilma, et komisjonilt tuleks paluda, nagu soovitab hageja, vaidlusaluse sissemakse korrigeeritud väärtust kindlaksmääravat kahte ekspertaruannet, millele viidatakse vaidlustatud otsuse põhjenduses 16.

Argument, et erainvestor ei oleks nõustunud refinantseerimiskulude mahaarvamisega

274 Hageja väidab, et esitades põhjenduse, mille kohaselt erainvestor nõustuks talle makstava tasu vähendamisega seetõttu, et tema sissemakse ei ole likviidne, on komisjon teinud kaks viga, millest üks on raamatupidamislik ja teine makromajanduslik.

275 Raamatupidamislik viga seisneb selles, et komisjon on seostanud Liidumaa otsuse erifond üle anda ja Helaba otsuse see vastu võtta. Hageja kinnitab, et mõlemad otsused on vastu võetud parameetrite alusel – tulususe perspektiiv, risk, refinantseerimise kulud –, milles ei lepi kokku pooled, vaid mille tingib kapitaliturg, ja et investor ei teeks sissemakset, kui ta ei ootaks sellelt tootlust, mis vastab võetud riskile. Komisjoni kriitika osas, mille kohaselt põhineb hageja arutluskäik „eristamise teoreemil", mis lisaks sellele, et see ei ole ainus, mis esitati, on vastuolus erainvestori kriteeriumiga, väidab hageja, et eksisteerib vaid üks „eristamise teoreem" ja et erainvestori kriteerium ei ole mitte ainult sellega vastuolus, vaid põhineb sellel.

276 Makromajanduslik viga seisneb selles, et komisjoni hinnangul annaks erainvestor osa oma varast Helaba võlausaldajate käsutusse tähtajatult intressiga 1,4%, mis ei ole ainult palju madalam kui sel ajal antud riskivaba laenu intress 4%, vaid ei kata isegi pikaajalist inflatsioonimäära. Hageja vaidleb vastu ka komisjoni kinnitusele, et tasumäär on väiksem likviidse sissemakse tasumäärast, sest tegemist ei ole tavapärase sissemaksega. Hageja leiab, et vaidlusaluses sissemakses ei ole midagi ebatavalist, sest mitterahalisi sissemakseid, nagu ehitised, maa või tootmisüksused, tehakse sageli.

277 Tuleb meenutada, et kohtuotsuse WestLB punktist 7 tuleneb, et mis puudutab ettevõtjasse tehtud investeeringu riigiabiks kvalifitseerimist, siis ei saa väita, et sobiva

tasu arvutamisel tuleb arvestada vaid investori vaatekohaga. Üldkohus leidis, et tavalistes turutingimustes läbirääkimistel oleks olnud võimatu, et erainvestor, kes on samas olukorras kui Nordrhein-Westfaleni liidumaa, jätab tähelepanuta asjaolu, et sissemakstud kapital ei ole likviidne ja et WestLB jaoks oli selle kasutamine piiratud. Seetõttu otsustas ta, et Nordrhein-Westfaleni liidumaa ei oleks selle kapitali eest saanud nõuda tasu, mis võrduks likviidse kapitali eest makstava tasuga (eespool punktis 7 viidatud kohtuotsus WestLB, punktid 326 ja 328). Samuti tuleb meenutada, et riigiabi puudutavate õigusnormide kohaldamisel on määrava tähtsusega asjaolu, kas ettevõtja sai mingi eelise. Sellest tuleneb, et niisuguses olukorras nagu käesolevas asjas, kus Liidumaa soovib investeerida teatud erilist tüüpi vara, ei saa järeldada, et tehinguga antakse riigiabi, kui investeerida sooviv ametiasutus ja ettevõtja lepivad läbirääkimiste tulemusena kokku tingimustes, mida viimane on nõus aktsepteerima ebasoodsa mõju tõttu, mis talle tekib üleantud kapitali laadist ja mis tähendab väiksemat tasu kui see, mis on likviidse investeeringu turuhind. Nimelt, kuivõrd need tingimused ei ole ettevõtjale soodsamad kui need, mis ta oleks saanud siis, kui tehing oleks nagu tavaliselt puudutanud likviidset kapitali, ei saa ta eelist, mida ta turult ei oleks saanud. Samas ei saa järeldada, et selleks, et seda liiki tehingut ei saaks pidada riigiabi andvaks, peab avaliku võimu kandja alati oma investeeringu eest saama sama tasu kui investor, kes on valmis üle andma likviidset kapitali.

278 Neid asjaolusid arvestades tuleb hageja argumendid inflatsiooni ja riskivabade laenude intressimäärade kohta tagasi lükata, kuna nendes lähtutakse eeldusest, et arvesse tuleb võtta ainult investori vaatepunkti ja et asjakohane on vaid Liidumaa ja sellise investori saadud tasu võrdlus, kes võtab samad riskid, olenemata eelistest ja ebasoodsast mõjust, mis Helabale vaidlusaluse sissemaksega kaasnevad võrreldes võrdluseks kasutatud tehingutega.

279 Seda järeldust ei saa muuta hageja argument, et vaidlusaluses sissemakses ei olnud midagi ebaharilikku, kuna mitterahalisi sissemakseid, nagu ehitised, maa või

tootmisüksused, tehakse sageli. Selles suhtes tuleb esiteks märkida, et hageja ei väida, et kapitali segainstrumendid kuulusid sellise vara vahetamise turule nagu ehitised või maa. Teiseks jäetakse selles võrdluses tähelepanuta asjaolu, et vaidlusalune sissemakse on spetsiifilist laadi, isegi võrreldes eespool mainitud varaga. Nimelt, vaidlusalune sissemakse ei ole ainult mittelikviidne, vaid Helaba ei saa ka likviidset vara seda müües või kasutades endale hankida.

280 Neid asjaolusid arvestades tuleb asuda seisukohale, et hageja argument, mis põhineb asjaolul, et vaidlusaluse sissemakse poolte vahel kokkulepitud intressimäär on väiksem riskivaba laenu intressimäärast ja inflatsiooni määrast, ei võimalda järeldada, et komisjon on teinud olulise hindamisvea, otsustades, et kuna vaidlusalune sissemakse ei anna Helabale likviidseid vahendeid, vaid viimane peab neid turult hankima, pidi ta Liidumaale tasuma ainult riski eest, mis ta oma vara suhtes võttis (tagatise lisatasu).

Asjaolu, et investor oleks parimal juhul nõustunud vaid refinantseerimiskulude mahaarvamisega summas, mis vastab Helaba tegelikult kantud kuludele

281 Hageja meenutab, et tänu vaidlusalusele sissemaksele saab Helaba oma tegevust oluliselt laiendada ja väidab, et seetõttu ei tuleks refinantseerimiskulu seostada „ühe tegevusüksusega" vaid sissemakse tekitatava kogu tegevusega. Ta kinnitab, et komisjon oleks pidanud võrdlema likviidse sissemakse ja vaidlusaluse sissemakse majanduslikke eeliseid ja ebasoodsat mõju ning järeldama, et vaidlusaluse sissemakse mittelikviidsus võib õigustada kõige rohkem tootluse vähendamist ja mitte refinantseerimiskulude kindlasummalist vähendamist. Lisaks leiab ta, et komisjon ei ole võtnud arvesse seda, et teatud tehingud ei vaja likviidseid vahendeid, kuid tekitavad pangale tulu.

282 Hageja arvab ka, et isegi kui arvesse tuleks võtta refinantseerimiskulu kogumäära, on refinantseerimiskulu kutsetegevusega seotud kulu, mis vähendab Helaba

maksubaasi, mistõttu selle tegelik koormus pärast makse on refinantseerimise määrast väiksem.

283 Hageja argumendi osas, et komisjon oleks pidanud võrdlema sissemakse majanduslikke eeliseid ja ebasoodsat mõju vastavalt sellele, kas sissemakse oli likviidne või mitte, tuleb märkida, et mittelikviidsel sissemaksel ei ole panga jaoks täiendavaid eeliseid võrreldes likviidse sissemaksega. Omavahendite kasvust tekkiv võimalus tegevust laiendada – nii tegevuse puhul, mis vajab likviidseid vahendeid kui ka tegevuse puhul, mis nõuab vaid tagatiseks olevaid omavahendeid – on sama, olenemata pangale üleantud vara liigist. Samas tekitab mittelikviidne sissemakse pangale täiendavaid kulusid, kui ta just ei tee ainult selliseid tehinguid, mis likviidseid vahendeid ei nõua. Hageja ei väida ka, et see oleks nii Helaba puhul või pankade puhul, kes emiteerisid turule vaikivaid allutatud sissemakseid. Arvutustest, mis hageja esitas menetlusdokumentides selleks, et tõendada, et Helaba suhteline saamata jäänud tulu on oluliselt väiksem tema kulude absoluutsummast, lähtub ta ka põhimõttest, et pank soovib hankida likviidseid vahendeid üleantud summa ulatuses.

284 Lisaks, mis puutub hageja arvutusi, siis tuleb täheldada, et nendes lähtutakse näitest, mis põhineb sissemaksel suuruses 100 eurot, tegevuse laiendamise teguril 12,5, refinantseerimise intressist määraga 4% ja Helaba klientidele antava laenu intressist 6,6%. Hageja selgitab, et nendes tingimustes saaks Helaba tulu, mis enne tasu maksmist oleks summas 36,5 eurot likviidse sissemakse korral ja 32,5 eurot mittelikviidse sissemakse korral, ja et järelikult tema saamata jäänud tulu, kui ta saaks mittelikviidse sissemakse, on 4 eurot, st 10,96%. Ta soovitab seetõttu vähendada 10,96% võrra likviidse sissemakse eest makstavat tasu, st 5,4%, mis vastab riskivaba laenu intressimäärale 4%, millele liidetakse juurde Liidumaa ja Helaba vahel kokkulepitud tagatise lisatasu 1,4%. Ta leiab nii, et Liidumaale makstav tasu peaks olema 4,81%.

285 Selle kohta tuleb kõigepealt märkida, et need arvutused on suures ulatuses spekulatiivsed. Kui hageja kasutatud riskivabade laenude refinantseerimise intressimäär on

see, mida kohaldati Saksamaal riigi kümneaastastele võlakirjadele vaidlusaluse sissemakse tegemise ajal, siis peaks Helaba turult refinantseerimise saamiseks maksma suuremat intressi kui riigi võlakirjade intress (vt eespool punkt 13). Intressimäära 6,6% osas tuleb täheldada lisaks sellele, et hageja ei selgita menetlusdokumentides, millest see intress tuleneb ning et tundub ilmselge, et pank ei kohalda kõigile oma tehingutele igal ajal ja kõigi klientide suhtes ühtset intressimäära.

286 Igal juhul tuleb asuda seisukohale, et refinantseerimiskulude osaline mahaarvamine, mida soovitab hageja, kompenseerib vaid osaliselt Helaba suuremaid kulusid, mis tekivad vaidlusalusest sissemaksest võrreldes likviidse sissemaksega. Nimelt, kuigi hageja esitatud arvutustest nähtub, et Helaba refinantseerimiskulud, mida ta turult likviidsete vahendite hankimiseks kannab, on 100-eurose laenu korral 4 eurot, siis Liidumaale makstav tasu väheneks vaid 0,59 eurot. Seega, kasutades hageja väljapakutud meetodit oleks vaidlusaluse sissemaksega seotud Helaba kulu suurem kui kulu, mida ta kannaks likviidse sissemakse korral.

287 Neid asjaolusid arvestades ei tõenda hageja see argument, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, otsustades, et refinantseerimise brutokulu oli käesolevas asjas mahaarvatav selleks, et vaidlusalune sissemakse ei muutuks Helabale kallimaks kui likviidne sissemakse, mida kohtuasja asjaoludel ei oleks erainvestoril õnnestunud saavutada.

288 Hageja argumendi osas, et refinantseerimiskuludest Helabale tekkinud ebasoodsat mõju vähendas eelis, mille ta sai sellest, et neid kulusid käsitleti sellise kuluna, mis vähendas maksubaasi ja järelikult selle suurust, siis piisab, kui märkida, et isegi kui see on tõesti nii, siis on ka Helaba tulu pärast maksude mahaarvamist väiksem sellest, mis ta oleks saanud, kui sissemakse oleks olnud likviidne. Neid asjaolusid arvestades ei anna vaidlusaluse sissemakse mittelikviidsus Helabale mingit eelist.

289 Seega tuleb käesolevat asja eristada WestLB asjast, milles komisjon nõustus – ilma, et Üldkohus seda teguviisi oleks kahtluse alla seadnud – sellega, et maha arvatakse

refinantseerimise neto-, mitte brutomäär, nagu Saksamaa Liitvabariik ja tehingu pooled palusid, kuna vastupidi Helabale pidi WestLB investorile tasu maksma pärast maksude mahaarvamist ja seetõttu oleks talle mittelikviidse vara üleandmisest tekkinud suurem tulu kui see, mis talle oleks tekkinud likviidsest kapitalist.

290 Nimelt, kuna refinantseerimiskulude mõju panga tulule oli väike, sest vähendades maksubaasi vähendasid need kulud ka tasumisele kuuluvat maksu, peaks vähenema ka nende kulude mõju tasule, mistõttu ei saaks pank üheaegselt kasu maksu vähenemisest ja tasu ülemäärasest vähendamisest. Arvates tasust maha refinantseerimise netokulud, kompenseeris komisjon WestLB-ile nendest kuludest tuleneva kulu suurenemise ja nende vähenemise, mis tulenes tasumisele kuuluva tasu vähendamisest, mis muutis selle tehingu võrreldavaks likviidsete vahendite üleandmist puudutava tehinguga.

291 Arvestades eeltoodut tuleb asuda seisukohale, et hageja ei ole tõendanud, et komisjon tegi ilmse hindamisvea seoses erifondi mittelikviidsusest Helabale tekkinud refinantseerimiskulude arvessevõtmisega.

292 Neid asjaolusid arvestades tuleb asuda seisukohale, et hageja ei ole tõendanud, et komisjon on teinud ilmse hindamisvea, otsustades sisuliselt, et Helaba kulutused, mida ta kandis seoses sissemakse selle osaga, mida ta võis kasutada oma kaubandustegevuse tagamiseks ja mis seisnesid kokkulepitud tasus, kutsetegevusmaksus ja refinantseerimiskulus, ning kulus 0,3% ülejäänud vaidlusaluselt sissemakselt, vastasid kulutustele, mida Helaba oleks pidanud tegema siis, kui ta oleks tema jaoks nende samade soodustingimustega rahalised vahendid hankinud turult. Eriti ei ole komisjon teinud ilmset hindamisviga otsustades, et arvestades tehingu tausta, ei andnud Helabale täiendavat eelist ja võimaldanud erainvestoril saada suuremat tasu see, et Liidumaa tegi väga suure sissemakse Helaba esimese taseme omavahenditesse ja et ta ei saa investeeringut enda äranägemisel tagasi võtta, isegi kui on tõsi, et see suurendab Liidumaa teatud riski.

293 Hageja väited, et komisjon on rikkunud EÜ artiklit 87 ja et vaidlustatud otsus on põhjendamata, tuleb seega tagasi lükata.

294 Seetõttu tuleb hagi rahuldamata jätta.

Poolte ülejäänud nõuded

295 Hageja taotleb Üldkohtult, et see kohustaks kodukorra artikli 64 lõike 3 alusel komisjoni esitama esiteks Saksamaa Liitvabariigi poolt haldusmenetluses esitatud ekspertaruande, milles kajastub vaidlusalusest sissemaksest tuleneva nõude rahuldamise järjekoht Helaba pankroti korral, mida mainitakse vaidlustatud otsuse põhjenduses 131, teiseks kaks ekspertaruannet, millest nähtub vaidlusaluse sissemakse korrigeeritud väärtus, mida mainitakse vaidlustatud otsuse punktis 16, ja kolmandaks kokkulepe või kokkulepped Helabas osalust omavate isikute vahel, millest tulenes Liidumaa „kontrolliv mõju" ja millele komisjon viitab oma 6. septembri 2005. aasta otsuses K(2005) 3232 lõplik Hessischer Investitionsfonds'i kui vaikiva allutatud sissemakse üleandmise kohta Landesbank Hessen-Thüringen Girozentralele, mis vaidlustati eespool punktis 31 viidatud täna kuulutatava Üldkohtu kohtuotsusega kohtuasjas T-36/06: Bundesverband deutscher Banken *vs*. komisjon.

296 Samuti taotleb ta Üldkohtult, et suulises menetluses kuulataks tunnistajatena ära eksperdid H. ja F.

297 Hageja taotleb Üldkohtult ka seda, et Helabat kohustataks esitama arvandmed tema turuosade kohta Hesseni ja Tüüringi liidumaal ning Saksamaal ajavahemikus 1998–2004.

298 Lõpuks taotleb ta mitme tunnistaja ärakuulamist juhul, kui komisjon vaidlustab tema teatud kinnitused hagiavalduse vastuvõetavuse kohta.

299 Üldkohtu nõudel (vt eespool punkt 25) esitas komisjon Saksamaa Liitvabariigi poolt haldusmenetluses esitatud ekspertaruande, milles kajastub vaidlusalusest sissemaksest tuleneva nõude rahuldamise järjekoht Helaba pankroti korral. Üldkohus leiab samas, et arvestades kohtumenetluses antud poolte selgitusi, puudub vajadus nõuda välja kaht ekspertaruannet, millest nähtub vaidlusaluse sissemakse korrigeeritud väärtus. Mis puudutab kokkulepet või kokkuleppeid Helabas osalust omavate isikute vahel, millele komisjon viitab otsuses K(2005) 3232 lõplik, siis tuleb märkida, et vaidlustatud otsuses ei põhine ükski komisjoni hinnang Liidumaa mõjul, mida ta Helabale avaldab, mistõttu ei ole ka selle dokumendi esitamine vajalik.

300 Üldkohus otsustab samuti, et puudub vajadus eksperte H. ja F. tunnistajatena ära kuulata, kuna nende aruanded on juba lisatud kohtu toimikusse.

301 Lisaks, arvestades, et hagiavalduse vastuvõetavuse kohta ei ole otsust tehtud, puudub vajadus rahuldada hageja taotlus, milles palutakse kohustada Helaba esitama arvandmed tema turuosade kohta Hesseni ja Tüüringi liidumaal ning Saksamaal ajavahemikus 1998–2004, või tunnistajatena ära kuulata isikud, kelle ärakuulamist taotletakse juhul, kui komisjon peaks vaidlustama hageja teatud kinnitusi hagiavalduse vastuvõetavuse kohta.

302 Repliigi konfidentsiaalsena käsitlemise kohta esitatud hageja taotluse osas (vt eespool punkt 20) piisab märkusest, et kuna teave, mida hageja konfidentsiaalseks peab, ei sisaldu esitatud repliigi versioonis, siis puudub sellel taotlusel ese.

303 Lõpuks tuleb rahuldada nõue kõrvaldada kohtu toimikust repliigile lisatud teatud dokumendid (vt eespool punkt 22), kuna need on komisjoni sisedokumendid.

Kohtukulud

304 Kodukorra artikli 87 lõike 2 alusel on kohtuvaidluse kaotanud pool kohustatud hüvitama kohtukulud, kui vastaspool on seda nõudnud. Kuna kohtuotsus on tehtud hageja kahjuks, jäetakse kohtukulud vastavalt komisjoni, Liidumaa ja Helaba nõudele hageja kanda.

305 Vastavalt kodukorra artikli 87 lõike 4 esimesele lõigule kannab Saksamaa Liitvabariik ise oma kulud.

Esitatud põhjendustest lähtudes

ÜLDKOHUS (neljas koda)

otsustab:

1. Kõrvaldada toimikust Bundesverband deutscher Banken eV poolt repliigi lisadena 9 ja 10 esitatud dokumendid.

2. Jätta hagi rahuldamata.

3. Bundesverband deutscher Banken kannab ise enda kohtukulud ning temalt mõistetakse välja Euroopa Komisjoni, Hesseni liidumaa ja Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale kohtukulud.

4. Saksamaa Liitvabariik kannab ise enda kohtukulud.

Czúcz Vadapalas Labucka

Kuulutatud avalikul kohtuistungil 3. märtsil 2010 Luxembourgis.

Sisukord

Vaidluse taust ..... II - 394

A – Vaidlusalune sissemakse ..... II - 394

B – Saksa Landesbankeneid puudutavad asjad ..... II - 396

C – Vaidlustatud otsus ..... II - 397

Menetlus ja poolte nõuded ..... II - 399

Õiguslik käsitlus ..... II - 402

A – Vastuvõetavus ..... II - 402

B – Põhiküsimus ..... II - 403

1. Vaidlusaluse sissemakse üle peetud läbirääkimiste kontekst ..... II - 406

2. Etapiviisilise kava arvessevõtmine ..... II - 409

a) Vaidlustatud otsus ..... II - 409

b) Poolte argumendid ..... II - 410

c) Üldkohtu hinnang ..... II - 411

3. Etteheide, et komisjon on vaidlusaluse sissemakse vääralt kvalifitseerinud „normaalseks" vaikivaks allutatud sissemakseks, mitte investeeringuks aktsiakapitali ..... II - 417

a) Vaidlustatud otsus ..... II - 417

b) Poolte argumendid ..... II - 419

c) Üldkohtu hinnang ..... II - 421

Tunnused, millele komisjon tugines, järeldades, et vaidlusaluse sissemakse eest makstavat tasu tuleb võrrelda tähtajaliste vaikivate allutatud sissemaksete eest makstavate tasudega ..... II - 424

– Investeeringu kaotamise risk pankroti või likvideerimise korral II - 424

– Tootluse laad ..... II - 427

Vaidlusaluse sissemakse tunnused, mida komisjon ei pidanud takistuseks vaidlusaluse sissemakse tasu võrdlemiseks tähtajalise vaikiva allutatud sissemakse tasuga ..... II - 431

– Sissemakse suurus ..... II - 431

– Aktsiakapitali puhver ..... II - 436

– Sissemakse tähtajatus ja selle võõrandamise võimatus ..... II - 440

Vaidlusaluse sissemakse tunnused, mida ei käsitletud haldusmenetluses ega uuritud vaidlustatud otsuses ..... II - 442

Olukord turul vaidlusaluse sissemakse kaasamise ajal ..... II - 445

Järeldus vaidlusaluse sissemakse vaikivaks allutatud sissemakseks kvalifitseerimise kohta ..... II - 449

4. Vaidlusaluse sissemakse eest makstava tasu võrdlus riskitasu turuhinnaga II - 450

a) Kutsetegevusmaksu arvessevõtmine ..... II - 451

Vaidlustatud otsus ..... II - 451

Poolte argumendid ..... II - 451

Üldkohtu hinnang ..... II - 452

b) Algse tasu võrdlus riskitasu turuhinnaga ..... II - 454

Vaidlustatud otsus ..... II - 454

Poolte argumendid ..... II - 455

Üldkohtu hinnang ..... II - 466

Järeldus algse tasu ja algse riskitasu turuhinna võrdluse kohta ..... II - 466

c) Tähtajatuse lisatasu ja tähtajatuse tõttu suurendatud riskitasu turuhinna võrdlus ..... II - 466

Vaidlustatud otsus ..... II - 466

Poolte argumendid ..... II - 467

Üldkohtu hinnang ..... II - 469

Järeldus riskitasu turutingimustele vastavuse kohta ..... II - 472

5. Asjaolu, et komisjon arvas tasust maha refinantseerimiskulud, mis tekkisid Helabale sissemakse mittelikviidsuse tõttu ..... II - 473

a) Vaidlustatud otsus ..... II - 473

b) Poolte argumendid ..... II - 473

c) Üldkohtu hinnang ..... II - 474

Argument, et mittelikviidsust on juba arvesse võetud väikse kaasamisväärtuse kujul ..... II - 476

Argument, et erainvestor ei oleks nõustunud refinantseerimiskulude mahaarvamisega ..... II - 478

Asjaolu, et investor oleks parimal juhul nõustunud vaid refinantseerimiskulude mahaarvamisega summas, mis vastab Helaba tegelikult kantud kuludele ..... II - 480

Poolte ülejäänud nõuded ..... II - 484

Kohtukulud ..... II - 486