SODBA SPLOŠNEGA SODIŠČA (četrti senat)

z dne 3. marca 2010 *

V zadevi T-163/05,

Bundesverband deutscher Banken eV, s sedežem v Berlinu (Nemčija), ki jo zastopajo H.-J. Niemeyer, K.-S. Scholz in J.-O. Lenschow, odvetniki,

tožeča stranka,

proti

Evropski komisiji, ki jo zastopata N. Khan in T. Scharf, zastopnika,

tožena stranka,

* Jezik postopka: nemščina.

ob intervenciji

Zvezne republike Nemčije, ki jo zastopata M. Lumma in C. Schulze-Bahr, zastopnika, skupaj z J. Wittingom, odvetnikom,

Land Hessen (Nemčija), ki sta jo najprej zastopala H.-J. Freund in M. Holzhäuser, odvetnika, nato H.-J. Freund in S. Lehr, odvetnika,

in

Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, s sedežem v Frankfurtu na Majni (Nemčija), ki jo zastopa H.-J. Freund, odvetnik,

intervenientke,

zaradi predloga za razglasitev ničnosti Odločbe Komisije 2006/742/ES z dne 20. oktobra 2004 o pomoči Nemčije za Landesbank Hessen-Thüringen – Girozentrale (UL 2006, L 307, str. 159),

SPLOŠNO SODIŠČE (četrti senat),

v sestavi O. Czúcz (poročevalec), predsednik, V. Vadapalas, sodnik, in I. Labucka, sodnica,

sodna tajnica: C. Kristensen, administratorka,

na podlagi pisnega postopka in obravnave z dne 9. septembra 2008

izreka naslednjo

Sodbo

Dejansko stanje

A – *Sporni vložek*

1 Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (v nadaljevanju: Helaba) je ena največjih nemških bank. Ima status pravne osebe javnega prava. Od 1. januarja 2001 so lastnice družbe Helaba družba Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen s 85-odstotnim deležem, zvezna dežela Hessen (v nadaljevanju: Hessen) z 10-odstotnim deležem, in zvezna dežela Turingija s 5-odstotnim deležem. Družba Helaba deluje kot

vodilna banka v Hessnu in Turingiji ter kot osrednja institucija hranilnic v Hessnu in Turingiji. Poleg tega deluje kot poslovna banka, usmerjena na domači trg in tuje trge.

2 Z zakonom z dne 17. decembra 1998 je Hessen ustanovil poseben sklad, imenovan Wohnungswesen und Zukunftsinvestition (stanovanjske in terminske naložbe, v nadaljevanju: posebni sklad). Ta posebni sklad zajema terjatve Hessna za nizkoobrestna posojila za pospeševanje gradnje socialnih stanovanj, dodeljena med letoma 1948 in 1998. Portfelj posojil je 31. decembra 1998 znašal 7,829 milijarde nemških mark (DEM) (približno 4 milijarde EUR). Njegovo denarno vrednost sta ocenila neodvisna strokovnjaka in znaša 2,473 milijarde DEM (1,264 milijarde EUR).

3 Posebni sklad je bil na podlagi pogodbe med družbo Helaba in Hessnom v obliki tihe družbe (v nadaljevanju: pogodba) vključen v kapital družbe Helaba kot „vložek tihega družbenika“ z učinkom od 31. decembra 1998 (v nadaljevanju: sporni vložek). Na podlagi člena 1(2) pogodbe bi moral vložek trajno služiti kot jamstveni lastniški kapital družbe Helaba v obliki temeljnega kapitala. Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (zvezni urad za bančni nadzor, v nadaljevanju: BAKred) je ves vložek štel za temeljni kapital. Tako se je med drugim štelo, da je bil vložek v skladu s Sydneyjsko izjavo – sporočilom za javnost Baselskega odbora za bančni nadzor z dne 27. oktobra 1998 – v kateri je bilo navedeno, da delež hibridnih instrumentov lastniškega kapitala (instrumenti, ki imajo hkrati nekatere značilnosti lastniških in obveznišk vrednostnih papirjev) v temeljnem kapitalu kreditnih institucij ne sme preseči 15 %, razen kadar gre za instrumente, za katere je v pogodbi, ki se nanje nanaša, določeno, da je kapital dodeljen trajno in da poleg preproste možnosti predčasnega odkupa izdajatelja nima drugih izrazitih značilnosti, zaradi katerih bi instrument lahko bil izplačan.

4 Pogodbeni stranki sta se dogovorili, da bo družba Helaba Hessnu kot nadomestilo za ta vložek tihega družbenika letno izplačevala 1,4 % zneska vložka po odbitku dela, potrebnega za kritje pomoči za gradnjo socialnih stanovanj. To izplačilo je

vključevalo nadomestilo za funkcijo jamstva v višini 1,2 % letno in pribitek v višini 0,2 % za trajnost vložka ter enostransko pravico odpovedi, ki jo je imela na voljo družba Helaba. Pri tem je bilo s tako imenovanim stopenjskim modelom dogovorjeno, da se to nadomestilo v prvih štirih letih (od leta 1998 do leta 2002) ne izplačuje za celotno vrednost sklada, ampak za letno stopnjevito naraščajoče tranše (v nadaljevanju: stopenjski model). Tranše so bile določene na 700 milijonov, 1,2 milijarde, 1,6 milijarde in 2 milijardi DEM (oziroma približno 380 milijonov, 610 milijonov, 820 milijonov in 1,02 milijarde EUR).

B – *Zadeve z nemškimi deželnimi bankami*

5 Tožeča stranka Bundesverband deutscher Banken eV (nemško združenje zasebnih bank) je v dopisih z dne 31. maja in 21. decembra 1994 Komisijo Evropskih skupnosti obvestila, da so bila v nekaterih zveznih deželah, med katerimi sta tudi Hessen in Severno Porenje-Vestfalija, posojila za gradnjo stanovanj vključena v jamstveni lastniški kapital nekaterih deželnih bank (Landesbanken), kot je Westdeutsche Landesbank Girozentrale (v nadaljevanju: WestLB), oziroma da jih nameravajo vključiti vanj. Po mnenju tožeče stranke ni bilo v zameno za te vložke določeno nobeno nadomestilo, ki bi bilo skladno z načelom zasebnega vlagatelja v tržnem gospodarstvu (v nadaljevanju: merilo zasebnega vlagatelja), zato je povečanje lastniškega kapitala zadevnih deželnih bank na podlagi teh transakcij izkrivilo konkurenco v korist teh bank.

6 Tožeča stranka je v dopisih z dne 6. avgusta 1997 in 30. julija 1998 Komisijo obvestila o dveh dodatnih prenosih sredstev, med katerimi je tudi sporni vložek.

7 Komisija je najprej preučila prenos sredstev v korist družbe WestLB (v nadaljevanju: zadeva WestLB) in napovedala, da bo prenose v korist drugih bank preučila na podlagi ugotovitev iz te zadeve. Komisija je 8. julija 1999 sprejela Odločbo 2000/392/ES o ukrepu Nemčije v korist banke Westdeutsche Landesbank Girozentrale

(UL 2000, L 150, str. 1, v nadaljevanju: odločba WestLB iz leta 1999), s katero je zadevno transakcijo razglasila za državno pomoč, ki ni združljiva s skupnim trgom, in odredila njeno vračilo. Ta odločba je bila zaradi nezadostne obrazložitve razveljavljena s sodbo Splošnega sodišča z dne 6. marca 2003 v združenih zadevah Westdeutsche Landesbank Girozentrale in Land Nordrhein-Westfalen proti Komisiji (T-228/99 in T-233/99, Recueil, str. II-435, v nadaljevanju: sodba WestLB).

8 Komisija je z dopisom z dne 13. novembra 2002 Zvezno republiko Nemčijo obvestila o svojem sklepu, da bo, med drugim, v zvezi s spornim vložkom uvedla formalni postopek preiskave. Sklep o uvedbi postopka v zvezi s spornim vložkom je bil objavljen v *Uradnem listu Evropske unije* (UL 2003, C 72, str. 3).

C – *Izpodbijana odločba*

9 Komisija je 20. oktobra 2004 sprejela Odločbo 2006/742/ES o pomoči Nemčije za Landesbank Hessen-Thüringen – Girozentrale (UL 2006, L 307, str. 159, v nadaljevanju: izpodbijana odločba).

10 Komisija je v izpodbijani odločbi menila, da ker je BAKred posebni sklad štel za temeljni kapital družbe Helaba, je treba, da bi se ugotovilo, ali je ravnanje Hessna ustrezalo ravnanju zasebnega vlagatelja, sporni vložek primerjati z instrumenti lastniškega kapitala, ki so v Nemčiji v letu prenosa šteli za temeljni kapital in jih je imela družba Helaba konkretno na voljo ob prenosu za naložbo te velikosti, in sicer precej več kot 15 % temeljnega kapitala družbe Helaba. V zvezi s tem je zavrnila trditev tožeče stranke, da je zaradi značilnosti spornega vložka, kot so razvidne iz pogodbe med Hessnom in družbo Helaba, navedeni vložek bolj podoben osnovnemu kapitalu

kot „običajnemu“ vložku tihega družbenika, to je za določen čas (točke od 128 do 139 obrazložitve izpodbijane odločbe).

11 Komisija je glede izračuna nadomestila, ki bi ga moral za vložek, kakršen je sporni, plačati zasebni vlagatelj, razlikovala med zneskom, ki ga je imela družba Helaba na voljo za kritje konkurenčnih dejavnosti, in zneskom, ki ga družba Helaba po njenem mnenju iz različnih razlogov ni smela uporabiti za to (točki 141 in 142 obrazložitve izpodbijane odločbe).

12 Komisija je glede zneska, ki ga je imela družba Helaba na voljo za kritje konkurenčnih dejavnosti, najprej navedla, da je treba upoštevati, da je družba Helaba morala plačati davek na industrijske in trgovinske obrate (v nadaljevanju: obratovalni davek), ki ga plačujejo vlagatelji v industrijo in trgovino, ki poslujejo v Nemčiji, v obravnavanem primeru pa ga je morala plačati družba Helaba, saj ga Hessnu ni bilo treba (točke od 157 do 159 obrazložitve izpodbijane odločbe).

13 Nato je Komisija pojasnila, da je referenčna obrestna mera za izračun nadomestila na trgu ali fiksna – ki običajno ustreza donosu javnih obveznic z desetletno dospelostjo – ali variabilna – ki ustreza obrestni meri na medbančnem trgu, kot je Libor ali Euribor. Poudarila je, da se ne glede na to, katero referenčno obrestno mero se uporabi, doda pribitek na nadomestilo, katerega sestava je odvisna od tega, ali je nadomestilo variabilno ali fiksno. Pojasnila je, da če je nadomestilo variabilno, pribitek na nadomestilo ustreza nadomestilu za jamstvo, ki ga zagotavlja zadevni vložek tihega družbenika (v nadaljevanju: nadomestilo za jamstvo). Če pa je nadomestilo fiksno, je pribitek na nadomestilo sestavljen iz dveh sestavin: pribitka za refinanciranje, torej pribitek na donos državnih obveznic, ki ga mora banka plačati na trgu, da bi si zagotovila likvidnost, in nadomestila za jamstvo, ki ustreza profilu tveganosti zadevnega vložka tihega družbenika (točka 162 obrazložitve izpodbijane odločbe).

14 Ker se sporni vložek ne nanaša na prenos likvidnih sredstev in vključuje dodatne stroške refinanciranja za družbo Helaba, je Komisija menila, da mora ta družba Hessnu izplačati samo nadomestilo za jamstvo (točka 162 in točke od 184 do 187 obrazložitve izpodbijane odločbe).

15 Komisija je glede skladnosti dogovorjenega nadomestila – povečanega za učinek obratovalnega davka – s trgom ugotovila, da ker je navedeno nadomestilo v zgornjem območju tržnega razpona cen za nadomestilo za jamstvo, ni dokazov o tem, da je bila družbi Helaba dana prednost in s tem dodeljena državna pomoč (točki 172 in 183 obrazložitve izpodbijane odločbe).

16 Komisija je glede zneska, ki po njenem mnenju družbi Helaba ni bil na voljo za kritje konkurenčnih dejavnosti, ker je moral biti na voljo zaradi stopenjskega modela ali za kritje pomoči iz posebnega sklada za gradnjo socialnih stanovanj, menila, da je njegova vknjižba v bilanco stanja družbe Helaba od dodelitve vložka pomenila ugodnost za to družbo, saj je imela učinek jamstva, za katero bi moralo, nasprotno kot sta se stranki dogovorili, biti plačano nadomestilo, in sicer v višini 0,3 % letno pred obdavčitvijo. Menila je tudi, da je družba Helaba prejela državno pomoč v višini 6,09 milijona EUR (točki 155 in 190 obrazložitve izpodbijane odločbe).

Postopek in predlogi strank

17 Tožeča stranka je 18. aprila 2005 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložila to tožbo.

18 Družba Helaba, Zvezna republika Nemčija in Hessen so 29. julija oziroma 4. in 8. avgusta 2005 v sodnem tajništvu Splošnega sodišča vložili predloge za intervencijo

v podporo predlogom Komisije. S sklepom predsednika tretjega senata Splošnega sodišča z dne 30. septembra 2005 je bilo tem predlogom za intervencijo ugodeno.

19 Tožeča stranka je z dopisi z dne 9. in 23. avgusta 2005 ter 15. decembra 2005 predlagala, naj se nekateri zaupni elementi iz tožbe in replike izločijo iz dokumentov, poslanih intervenientkam. Predložila je nezaupno različico teh vlog. Intervenientkam so bile poslane samo te nezaupne različice vlog. Intervenientke temu niso ugovarjale.

20 Tožeča stranka je v dopisu z dne 20. decembra 2005 Splošnemu sodišču pojasnila, da ni navedla imen bank, ki so ji poslale določene podatke iz replike, ker so se navedene banke bale, da bi to močno škodovalo njihovim poslovnim odnosom z družbo Helaba, če bi ta izvedela zanje. Pojasnila je, da lahko te podatke predloži samo Splošnemu sodišču na njegovo zahtevo.

21 Intervenientke so vloge predložile v rokih, določenih za to. Tožeča stranka je svoja stališča o vlogah intervenientk prav tako predložila v rokih, določenih za to. Komisija se je stališčem o navedenih vlogah odpovedala.

22 Z dopisom z dne 28. marca 2006 je Komisija Splošnemu sodišču predlagala, naj določene priloge k repliki izloči iz spisa. Ker tožeča stranka glede priloge C.3 k repliki temu predlogu ni ugovarjala, je bila ta s sklepom predsednika tretjega senata Splošnega sodišča z dne 28. junija 2006 izločena iz spisa. Odločitev o preostalih prilogah, katerih izločitev je predlagala Komisija, je bila pridržana.

23 Ker je bila sestava senatov Splošnega sodišča spremenjena, je bil sodnik poročevalec razporejen kot predsednik v četrti senat, ki mu je bila ta zadeva posledično dodeljena.

24 Ker se je enemu članu senata končal mandat, je predsednik Splošnega sodišča v skladu s členom 32(3) Poslovnika Splošnega sodišča določil drugega sodnika, da dopolni senat.

25 Splošno sodišče (četrti senat) je na podlagi poročil sodnika poročevalca sklenilo začeti ustni postopek in je v okviru ukrepov procesnega vodstva, določenih v členu 64 Poslovnika Splošnega sodišča, Komisijo pozvalo, naj predloži določene dokumente, in strankam pisno zastavilo vprašanja, na katera so odgovorile v predpisanem roku.

26 Stranke so podale ustne vloge in odgovore na ustna vprašanja Splošnega sodišča na obravnavi 9. septembra 2008. Po obravnavi je lahko Komisija pisno odgovorila na eno od postavljenih vprašanj Splošnega sodišča. Komisija je odgovorila z dopisom z dne 19. septembra 2008, tožeča stranka pa je 2. oktobra 2008 predložila stališča glede tega odgovora. Ustni postopek se je končal 8. oktobra 2008.

27 Tožeča stranka Splošnemu sodišču predlaga, naj:

– izpodbijano odločbo razglasi za ničnо;

– Komisiji naloži plačilo stroškov.

28 Komisija ob podpori intervenientk Splošnemu sodišču predlaga, naj:

– tožbo zavrže kot nedopustno ali, podredno, naj jo zavrne kot neutemeljeno;

– tožeči stranki naloži plačilo stroškov.

Pravo

A – *Dopustnost*

29 Komisija trdi, da tožba najverjetneje ni dopustna, saj izpodbijana odločba tožeče stranke ne zadeva posamično.

30 Treba je opozoriti, da je sodišče pristojno, da glede na okoliščine posameznega primera presodi, ali interes za dober potek sojenja upravičuje zavrnitev tožbe po vsebini, ne da bi bilo predhodno odločeno o ugovoru nedopustnosti, ki ga je vložila tožena stranka (sodba Sodišča z dne 26. februarja 2002 v zadevi Svet proti Boehringer, C-23/00 P, Recueil, str. I-1873, točki 51 in 52, in sodba Splošnega sodišča z dne 13. septembra 2006 v združenih zadevah Sinaga proti Komisiji, T-217/99, T-321/00 in T-222/01, neobjavljena v ZOdl., točka 68).

31 V obravnavanem primeru je treba ugotoviti, da medtem ko se ta zadeva in zadeva, v kateri je bila izdana sodba Splošnega sodišča z današnjega dne v zadevi Bundesverband deutscher Banken proti Komisiji (T-36/06, ZOdl., str. II-537), nanašata na

delno različni vprašanji glede dopustnosti, se zaradi pravne podlage obeh izpodbijanih odločb ti nanašata na v bistvenem podobna vsebinska vprašanja, stranke v zadevi, v kateri je bila danes izdana sodba, pa ponavljajo veliko trditev, navedenih v tem postopku. Zato Splošno sodišče meni, da je treba najprej odločiti o tožbenih razlogih tožeče stranke, ne da bi bilo prej odločeno o ugovoru nedopustnosti, ki ga je vložila Komisija, saj tožba za razglasitev ničnosti zaradi spodaj navedenih razlogov vsekakor ni utemeljena.

B – *Vsebinska presoja*

32 Tožeča stranka trdi, da je izpodbijana odločba v nasprotju s členom 87(1) ES, saj nadomestilo, dogovorjeno med Hessnom in družbo Helaba, za del vložka, ki ga je ta družba lahko uporabila za kritje konkurenčnih dejavnosti, ne ustreza tistemu, ki bi ga, ko je bila opravljena transakcija, zahteval zasebni vlagatelj, in da odpoved Hessna primernemu nadomestilu pomeni državno pomoč. Poleg tega trdi, da nekatere ugotovitve iz izpodbijane odločbe niso zadostno obrazložene.

33 Natančneje, tožeča stranka najprej trdi, da Komisija ni odločila na podlagi stanja na trgu ob dodelitvi spornega vložka. Nato graja ugotovitve Komisije glede vsakega koraka, ki ga je naredila na poti do odločitve, da nadomestilo, dogovorjeno za del vložka, ki ga je družba Helaba lahko uporabila za kritje konkurenčnih dejavnosti, ne pomeni državne pomoči. Prvič, tožeča stranka graja dejstvo, da je Komisija pri primerjavi nadomestila, dogovorjenega za sporni vložek, z nadomestilom za druge opravljene tržne transakcije štela, da je navedeni vložek bolj podoben vložku tihega družbenika za določen čas kot naložbi v osnovni kapital. Drugič, graja dejstvo, da je Komisija v skladu s stopenjskim modelom sprejela rešitev, s katero je bilo za del spornega vložka, ki ga družba Helaba lahko uporablja za kritje konkurenčnih dejavnosti,

predvideno stopnjevito nadomestilo. Tretjič, graja ugotovitev Komisije glede morebitnih pribitkov in odbitkov, ki se lahko uporabijo v tržnem razponu cen za nadomestila za jamstvo, da bi se upoštevale posebnosti spornega vložka. Četrtič, Komisiji očita, da je ta od tržne vrednosti nadomestila odštela stroške refinanciranja, ki jih je imela družba Helaba zaradi domnevne nelikvidnosti vložka.

34 Za uvod je treba spomniti, da je namen člena 87(1) ES preprečiti, da bi trgovino med državami članicami prizadele koristi, ki jih naklonijo javni organi, ki v različnih oblikah izkrivljajo ali bi lahko izkrivljale konkurenco z dajanjem prednosti določenim podjetjem ali proizvodnji posameznega blaga.

35 Da bi se ugotovilo, ali kak ukrep države pomeni državno pomoč, je torej treba ugotoviti, ali je podjetje, ki je prejemnik, pridobilo gospodarsko korist, ki je v običajnih tržnih razmerah ne bi dobilo (sodba Sodišča z dne 11. julija 1996 v zadevi SFEI in drugi, C-39/94, Recueil, str. I-3547, točka 60, in zgoraj v točki 7 navedena sodba WestLB, točki 207 in 243).

36 V zvezi s tem ni mogoče trditi, da se mora miselni preizkus, s katerim se preveri, ali je bila transakcija opravljena v običajnih razmerah tržnega gospodarstva, nujno nanašati na enega vlagatelja ali na eno podjetje, ki ima korist od naložbe, medtem ko je prav medsebojno vplivanje različnih gospodarskih subjektov tisto, kar označuje tržno gospodarstvo (zgoraj v točki 7 navedena sodba WestLB, točka 327). Poleg tega pa s tem preizkusom prav tako ni treba popolnoma odmisliti ovir v zvezi z lastnostmi prenesenega premoženja, saj je treba kot referenco upoštevati obnašanje zasebnega vlagatelja, ki je, kolikor je to mogoče, v enakem položaju kot javni vlagatelj (glej v tem smislu sodbi Sodišča z dne 16. maja 2002 v zadevi Francija proti Komisiji, C-482/99, Recueil, str. I-4397, točka 70, in z dne 28. januarja 2003 v zadevi Nemčija proti

Komisiji, C-334/99, Recueil, str. I-1139, točka 133, in zgoraj v točki 7 navedeno sodbo WestLB, točka 270).

37 V teh okoliščinah mora Komisija – da bi ugotovila, ali je bilo podjetje deležno ugodnosti, ki je v tržnih razmerah ne bi bilo – opraviti popolno presojo vseh upoštevnih elementov sporne transakcije in njenih okoliščin, vključno s položajem prejemnika in upoštevnega trga (zgoraj v točki 7 navedena sodba WestLB, točka 251). V zvezi s tem lahko Komisija zlasti preuči, ali bi v primeru, kakršen je obravnavani, podjetje lahko od drugih vlagateljev pridobilo kapital z enakimi ugodnostmi in, po potrebi, pod katerimi pogoji, saj ukrep ne more pomeniti državne pomoči, če podjetja ne postavi v položaj, ugodnejši od tistega, v katerem bi bilo brez posredovanja javnih oblasti.

38 Nazadnje je treba spomniti, da ugotavljanje Komisije, ali naložba prinaša ugodnost, ki je podjetje na trgu ne bi moglo dobiti, vključuje zapleteno ekonomsko presojo. Vendar ima Komisija pri sprejetju akta na podlagi take presoje široko diskrecijsko pravico, sodni nadzor tega akta pa se, čeprav načeloma izčrpen glede tega, ali ukrep spada na področje uporabe člena 87(1) ES, omejuje na preverjanje spoštovanja pravil postopka in pravil obrazložitve, vsebinske pravilnosti ugotovljenega dejanskega stanja, na katerem je temeljila izpodbijana ugotovitev, neobstoja očitnih napak pri presoji teh dejstev ali neobstoja zlorabe pooblastil. Splošno sodišče s svojo gospodarsko presojo zlasti ne sme nadomestiti presoje izdajatelja akta (sodbi Splošnega sodišča z dne 15. septembra 1998 v združenih zadevah BFM in EFIM proti Komisiji, T-126/96 in T-127/96, Recueil, str. II-3437, točka 81, in z dne 12. decembra 2000 v zadevi Alitalia proti Komisiji, T-296/97, Recueil, str. II-3871, točka 105, in zgoraj v točki 7 navedena sodba WestLB, točka 282).

39 Pred obravnavanjem očitkov, ki jih tožeča stranka navaja zoper izpodbijano odločbo, je treba preučiti trditve strank glede okoliščin, v katerih je bil dogovorjen sporni vložek.

1. *Okoliščine, v katerih je bil dogovorjen sporni vložek*

40 Tožeča stranka trdi, da je napačno šteti, da družba Helaba ni potrebovala vložka v temeljni kapital in da je bil vložek predvsem v interesu Zvezne republike Nemčije, zlasti pa Hessna.

41 Komisija ob podpori Hessna in družbe Helaba nasprotuje taki predstavitvi okoliščin zadeve.

42 Glede položaja družbe Helaba je treba opozoriti, da je imela ta pred vključitvijo spornega vložka 5,4-odstotni delež temeljnega kapitala in 9,6 -odstotni delež lastniškega kapitala, ki sta oba večja od zakonsko določenih minimalnih deležev, to je 4 % oziroma 8 % (točki 28 in 32 obrazložitve izpodbijane odločbe). Drugače kot v zadevi WestLB, na katero se je tožeča stranka večkrat sklicevala, ni bilo nobene spremembe veljavnih predpisov, zaradi katerih je bilo treba leta 1998 nujno povečati deleže lastniškega kapitala v evropskih bankah. Dejstvo, da so bili deleži v družbi Helaba manj ugodni kot tisti v velikih nemških zasebnih bankah, ne more pomeniti, da je bil sporni vložek nujen za njen obstoj ali ohranitev obsega dejavnosti, saj se ne more šteti, da vse nemške banke, ki nimajo enakih deležev kot velike zasebne banke, potrebujejo kapitalski vložek. Vsekakor tožeča stranka ni sporočila deležev velikih zasebnih bank za leto 1998, ampak samo za obdobje od leta 1984 do leta 1994.

43 V teh okoliščinah je treba ugotoviti, da je družba Helaba potrebovala nova sredstva samo, kolikor je bilo potrebno za dosego ciljev rasti, začrtanih v poslovnem načrtu. Poleg tega, da bi bila zaradi morebitne nepridobitve za to potrebnih sredstev ovirana samo rast, ne bi pa bil ogrožen niti njen obstoj niti ohranitev obsega dejavnosti v tem

času, se v ciljih rasti, začrtani v poslovnem načrtu družbe Helaba – skladno s stališči Zvezne republike Nemčije, navedenimi v točki 54 obrazložitve izpodbijane odločbe – zahteva samo povečanje temeljnega kapitala za precej manjši znesek od spornega vložka in celo od tranš, predvidenih s stopenjskim modelom.

44 Izjave predsednika upravnega odbora družbe Helaba, objavljene v nemškem časopisju leta 1998, na katere se sklicuje tožeča stranka, tej ugotovitvi ne nasprotujejo. Iz trditve navedenega predsednika – „[Družba Helaba] si želi, če to omogoča razvoj na mednarodni ravni, za plačilo tržnega nadomestila prejeti [posebni sklad] kot lastniški kapital“ – nikakor ne izhaja, da je družba Helaba odvisna od spornega vložka. Prav tako iz trditve, da „se je treba vsaj na dolgi rok lotiti vlaganja v lastniški kapital družbe Helaba“, ni razvidna nujna potreba po lastniškem kapitalu.

45 Gotovo pa je iz teh izjav razvidno, da je bila družba Helaba zainteresirana za sporni vložek in da bi ta za več let zadovoljil njene potrebe po lastniškem kapitalu ter ji omogočil razširitev tveganega poslovanja. Družba Helaba je dejansko prevzem posebnega sklada v obliki vložka tihega družbenika predlagala samo zato, ker je pričakovala, da bo imela od tega korist. Vendar to ne pomeni, da je bila od spornega vložka odvisna ali da ne bi mogla povečati svojega temeljnega kapitala s pomočjo zasebnih vlagateljev.

46 Iz izpodbijane odločbe in spisa je razvidno, da je Hessen želel ustvariti dodatne dohodke z uporabo portfelja pomoči za gradnjo socialnih stanovanj v druge namene,

da pa ga zaradi ohranitve izvajanja dejavnosti pomoči ni želel prodati niti ga ni želel razdeliti med več podjetij – ker se mora kot obnovljivi sklad refinancirati z donosi od posojil in zaradi stroškov ter izgube prilagodljivosti pri upravljanju s pomočmi, ki bi pri tem nastali – in da je želel čim bolj učinkovito in ekonomično organizirati upravljanje s sredstvi (točka 20 obrazložitve izpodbijane odločbe).

47 Družba Helaba se je ponudila, da bi prevzela in upravljala ves portfelj pomoči iz posebnega sklada. Dejstvo, da je družba Helaba že upravljala s skladi in z načrti pomoči, in dejstvo, da gre za banko javnega prava, nad katero Hessen izvaja nadzor ter za katero ima na voljo boljša sredstva za spremljanje njene solventnosti in razvoja, sta ga prepričala, da je družba Helaba primerna sopogodbenica. Zadružne banke so namreč izkazale interes za posebni sklad, vendar so želele, da ga Hessen proda. Poleg tega kljub domnevno precej nizki vrednosti dogovorjenega nadomestila za sporni vložek in dejstvu, da je bil namen Hessna prenesti sredstva javno razglašen – tako da je tožeča stranka zanj izvedela najkasneje do konca poletja 1998 – velike zasebne banke v nasprotju z zadružnimi bankami niso predložile konkurenčnih ponudb.

48 Ob upoštevanju teh okoliščin je torej treba preučiti trditve strank in ugotoviti, ali je Komisija s tem, da je štela, da finančna obremenitev družbe Helaba v zvezi z delom posebnega sklada, ki ga je lahko uporabila za kritje konkurenčnih dejavnosti, ni bila nižja od obremenitve za pridobitev istih koristi v običajnih tržnih razmerah in da zato sporni vložek ne pomeni državne pomoči, storila očitno napako pri presoji.

49 Ker se ena od trditev tožeče stranke nanaša na domnevno nepravilnost opredelitve spornega vložka kot vložka tihega družbenika in ker je bila domnevno precej nizka stopnja nadomestila posledica zelo velikega obsega vložka ter ker je Komisija tej

trditvi nasprotovala s sklicevanjem na stopenjski model, je treba najprej preučiti to vprašanje.

2. *Upoštevanje stopenjskega modela*

a) Izpodbijana odločba

50 Kot je bilo navedeno v točki 11 zgoraj, je Komisija menila, da je bilo treba razlikovati med nadomestilom za del spornega vložka, ki ga je imela družba Helaba na voljo za kritje konkurenčnih dejavnosti, in tistim za del vložka, ki ji iz različnih razlogov ni bil na voljo.

51 Glede opredelitve dela spornega vložka, ki ga je imela družba Helaba na voljo za kritje konkurenčnih dejavnosti, je Komisija sprejela, da bo upoštevala stopenjski model, ki je bil dogovorjen med strankami, v skladu s katerim se v prvih štirih letih od dodelitve spornega vložka 1,4-odstotno nadomestilo, določeno v pogodbi, ni plačevalo glede na celotni vložek – razen v delu, potrebnem za kritje dejavnosti pomoči za gradnjo socialnih stanovanj – ampak glede na vnaprej dogovorjene tranše. Komisija je upoštevanje stopenjskega modela utemeljila z navedbo, da je družba Helaba, čeprav je *de facto* sredstva lahko uporabljala od začetka, pokazala, da je vložena sredstva potrebovala za kritje konkurenčnih dejavnosti le postopno in da je bila v okviru dogovorjenih tranš upoštevana uporabnost, ne pa dejanska uporaba. Komisija je menila, da na mestu Hessna, ki posebnega sklada ni želel razdeliti, zasebni vlagatelj ne bi mogel doseči hitrejšega povečanja kapitalske osnove, ki se je moralo nadomestiti po dogovorjeni 1,4-odstotni obrestni meri (točke od 143 do 146 obrazložitve izpodbijane odločbe). Medtem pa je štela, da mora biti za del spornega vložka, ki ni zajet z dogovorjenimi

tranšami, plačano nadomestilo po 0,3-odstotni obrestni meri (točke 142, 191 in 192 obrazložitve izpodbijane odločbe).

b) Trditve strank

52 Tožeča stranka trdi, da je Komisija s tem, da je štela, da stopenjski model ustreza merilu zasebnega vlagatelja, storila očitno napako pri presoji. Trdi, kot naj bi priznala tudi Komisija, da je vprašanje, ali izdajatelj za kritje konkurenčnih dejavnosti dejansko uporablja celotni znesek, za vlagatelja ni pomembno, saj je zanj pomembno le dejstvo, da je dal banki na voljo svoje premoženje in se s tem odpovedal njegovi uporabi ter tvegal njegovo izgubo.

53 Meni, da razlogi za sprejetje stopenjskega modela, ki jih je navedla Komisija, vendarle niso pravilni.

54 Tožeča stranka glede tega, da je družba Helaba Hessnu sporočila, da na začetku ne bo uporabljala celotnega spornega vložka, trdi, da čeprav je mogoče družba Helaba z ekonomskega vidika ravnala razumno, ko je zahtevala stopenjski model, za Hessen to ne drži, saj se zasebni vlagatelj v takih okoliščinah ne bi odrekel delu nadomestila, ampak bi iskal druge naložbene priložnosti, pri katerih bi lahko maksimiziral dobiček, ali pa bi vsaj postopno prenesel posebni sklad, v skladu s potrebami družbe Helaba. Tožeča stranka pa je na vprašanje, ki ga je Splošnemu sodišču postavilo na obravnavi, odgovorila, da v obravnavanem primeru ne gre za vprašanje, ali bi moral Hessen posebni sklad prenesti postopno ali ga poskusiti vložiti drugam, ampak ali ne bi moral zahtevati nadomestila za vsa prenesena sredstva.

55 Tožeča stranka v nasprotju s tem, kar trdi Komisija, zatrjuje, da je ta odstopila od svoje prakse v zadevah v zvezi z drugimi deželnimi bankami. Tako trdi, da je Komisija v odgovoru na tožbo, ki ga je predložila v postopku, v katerem je bila izdana zgoraj v točki 7 navedena sodba WestLB, navedla, da noben zasebni vlagatelj ne bi dal sredstev na voljo nekemu podjetju, če bi – ker je ta znesek namreč večji od zneska, ki ga podjetje dejansko potrebuje – prejel le delno nadomestilo.

56 Glede dejstva, da je bilo treba nadomestilo plačevati skladno s tranšami, dogovorjenimi med strankami, ne glede na to, ali je družba Helaba uporabljala ta znesek v celoti ali ne, tožeča stranka trdi, da pogodba ne vsebuje klavzule, ki bi družbi Helaba prepovedovala uporabo spornega vložka za razširitev dejavnosti čez referenčne zneske. Zato meni, da določitev navedenih referenčnih zneskov za Hessen ne pomeni ugodnosti, saj je bilo mogoče predvideti, da bo družba Helaba za kritje uporabila višji znesek. Poleg tega tožeča stranka meni, da bi zasebni vlagatelj za korist, ki jo je na podlagi ocene kreditne sposobnosti, pridobljene zaradi povečanja temeljnega kapitala, pridobila družba Helaba, zahteval nadomestilo.

57 Komisija, ob podpori Hessna in družbe Helaba, nasprotuje tem trditvam.

c) Presoja Splošnega sodišča

58 Najprej je treba opozoriti, kot je na obravnavi priznala tudi tožeča stranka, da vprašanje, katere alternativne investicijske možnosti bi bile lahko zanimive za Hessen, v obravnavanem primeru ni upoštevno. Ni namreč treba ugotoviti, ali bi lahko Hessen, če bi vlagal drugače ali v drugo podjetje, dosegel višji donos svojega posebnega sklada, ampak ali je Hessen s tem, da je vložil navedeni posebni sklad v družbo Helaba

pod dogovorjenimi pogoji, tej družbi dodelil ugodnost, ki je ta drugače ne bi mogla dobiti.

59 Dalje je treba opozoriti, da se stranki strinjata, da bi zasebni vlagatelj, ki bi banki kot temeljni kapital dal na voljo svoja sredstva in se s tem odpovedal njihovi uporabi ter tvegal njihovo izgubo, zahteval nadomestilo za vsa prenesena sredstva. Komisija je tako v izpodbijani odločbi menila, da bi bilo treba plačati nadomestilo za celotni sporni vložek in to od prvega dne po njegovi vključitvi v kapital družbe Helaba, saj je Hessen od tega dne tvegal izgubo, družba Helaba pa bi lahko imela korist (točke 142, 155, 191 in 192 obrazložitve izpodbijane odločbe).

60 Vendar pa je Komisija menila, da bi zasebni vlagatelj sprejel nadomestilo po dveh različnih obrestnih merah glede na funkcijo posameznega dela spornega vložka (točki 142 in 143 ter točke od 191 do 193 obrazložitve izpodbijane odločbe). Tako je štela, da bi zasebni vlagatelj za del spornega vložka, ki bi ga družba Helaba lahko uporabila za širjenje tržne dejavnosti, sprejel nadomestilo, dogovorjeno med Hessnom in družbo Helaba, za preostali del spornega vložka pa bi zlasti zaradi koristi, ki bi jo družbi Helaba prinesla ocena kreditne sposobnosti, ki bi jo prejela na podlagi vključitve v temeljni kapital od prvega dne, zahteval nadomestilo v višini 0,3 %. Ker Hessen ni zahteval nadomestila za del spornega vložka, ki ga ni bilo mogoče uporabiti za širjenje tržne dejavnosti družbe Helaba, je Komisija ugotovila, da je šlo od 31. decembra 1998 do 31. decembra 2003 za državno pomoč v višini 6,09 milijona EUR, in odredila, naj Zvezna Republika Nemčija izterja njeno vračilo.

61 Tožeča stranka graja ugotovitev Komisije, da bi v obravnavanih okoliščinah zasebni vlagatelj sprejel stopenjski model in da zato za del sredstev, ki bi ga bilo mogoče

namensko uporabiti za kritje konkurenčnih dejavnosti družbe Helaba – in sicer del spornega vložka, ki ni zajet z dogovorjenimi tranšami stopenjskega modela in ni potreben za kritje dejavnosti pomoči za gradnjo socialnih stanovanj iz posebnega sklada – ni treba plačati nadomestila po enaki obrestni meri kot za preostali del sredstev.

62 Na prvem mestu trdi – kot je v izpodbijani odločbi priznala tudi Komisija in kot je navedla v okviru zadeve WestLB – da zasebni vlagatelj ne bi sprejel, da je njegov donos odvisen od dejansko uporabljenega zneska lastniškega kapitala.

63 V zvezi s tem je treba sprejeti, da osnova za nadomestilo niti v prvih letih po spornem vložku ni bila odvisna od dejansko uporabljenega zneska navedenega vložka. Iz izpodbijane odločbe je namreč razvidno, da je morala družba Helaba Hessnu plačevati nadomestilo za dogovorjene tranše v celoti, ne glede na njihovo dejansko uporabo za širitev konkurenčnih dejavnosti. Po koncu uporabe stopenjskega modela, torej po letu 2003, je bilo treba nadomestilo, dogovorjeno med strankami, plačati glede na celotni sporni vložek, razen dela za kritje dejavnosti pomoči za gradnjo socialnih stanovanj, ne glede na dejansko uporabljeni znesek za kritje konkurenčnih dejavnosti družbe Helaba. Izpodbijana odločba je torej v skladu z načelom, na katero se sklicuje tožeča stranka, da zasebni vlagatelj ne bi sprejel, da je njegov donos odvisen od dejansko uporabljenega zneska lastniškega kapitala.

64 Na drugem mestu tožeča stranka trdi, da razlikovanje, ki ga je uvedla Komisija, glede na to, ali kapital – kot v obravnavanem primeru – ni namenjen širitvi dejavnosti, ker je banka predhodno izjavila, da ga ne potrebuje in ga ne bo uporabila, ali pa se lahko prosto uporabi, za vlagatelja ni pomembno, saj v obeh primerih kapitala nima več na voljo. Trdi, da vsekakor dogovor z družbo Helaba Hessna ne ščiti, saj ne vsebuje

ničesar, s čimer bi bila družba Helaba zavezana prenesena sredstva uporabljati samo do zneska dogovorjenih tranš.

65 Glede trditve tožeče stranke, da za vlagatelja ni pomembno, da je družba Helaba izjavila, da ne potrebuje takoj celotnega zneska, je treba spomniti, da v skladu s sodno prakso (glej točko 36 zgoraj) skladnosti transakcije s trgom ni mogoče presojati z vidika samo enega vlagatelja, ampak je treba pri presoji upoštevati medsebojno vplivanje različnih gospodarskih subjektov in okoliščine, v katerih je bila transakcija opravljena.

66 Vendar tožeča stranka ne navaja utemeljitev, na podlagi katerih bi bilo mogoče sprejeti, da je Komisija – s tem, da je štela, da v položaju, kakršen je obravnavani, za katerega je značilno, da je Hessen želel vložiti nelikvidno premoženje, ki ga ni želel razdeliti, in da družba Helaba niti na kratki niti na srednji rok ni potrebovala kapitala v višini posebnega sklada, zasebni vlagatelj od banke ne bi uspel takoj dobiti nadomestila za ves sporni vložek po obrestni meri, določeni za nadomestilo za širitev konkurenčnih dejavnosti banke – storila očitno napako pri presoji. Nasprotno, tožeča stranka tudi sama trdi, da je družba Helaba s tem, da je zahtevala uporabo stopenjskega modela, verjetno ravnala razumno.

67 Vsekakor domneva, da banka ne bi sprejela plačati obrestne mere, ustrezne nadomestilu za širitev konkurenčnih dejavnosti, če bi vnaprej vedela, da tega kapitala ne bo mogla uporabiti za to, ni videti očitno napačna. Tudi če bi ji – kot trdi Komisija – ta kapital lahko omogočil povečanje kreditne sposobnosti ali vsaj izognitev njenemu zmanjšanju in zato znižanje ali ohranitev stroškov financiranja, ji ne omogoča pridobitve dodatnih prihodkov z novimi transakcijami.

68 Zato bi zasebni vlagatelj na mestu Hessna v obravnavanih okoliščinah moral upoštevati dejstvo, da ker družba Helaba ne bi mogla takoj uporabiti celotnega razpoložljivega vložka, ki bi ga lahko namensko uporabila za širitev konkurenčnih dejavnosti, nerazpoložljivi del vložka zanjo ne bi imel enake ekonomske funkcije kot njegov razpoložljivi del.

69 Ta okoliščina pa ne upravičuje Hessnove odpovedi kakršnemu koli nadomestilu za sredstva, ki jih družba Helaba ni mogla uporabiti, ki pa so bila kljub temu zaradi nedelitve posebnega sklada prenesena nanjo. Ta sredstva, ki so bila od prvega dne namenjena kritju obveznosti družbe Helaba, so torej od tega trenutka izpostavljena določenemu tveganju izgube ter prinašajo družbi Helaba korist v smislu ocene kreditne sposobnosti in ugleda. Prav zaradi zagotovitve nadomestila za tveganje Hessna in zaradi koristi za družbo Helaba je Komisija za ta del spornega vložka naložila plačilo 0,3 % nadomestila letno.

70 Glede tega, da pogodba ne vsebuje klavzule, s katero bi se družba Helaba zavezala, da za širitev konkurenčnih dejavnosti ne bo uporabljala zneskov, višjih od dogovorjenih tranš, je treba ugotoviti, da zaradi te okoliščine ugotovitev Komisije – da del spornega vložka, ki presega dogovorjene tranše, ni bil namenjen za širitev konkurenčnih dejavnosti – ni očitno napačna. Treba je namreč opozoriti, da je Hessen dosegel, da so bile tranše določene bistveno višje, kot bi bilo potrebno glede na kapitalske potrebe družbe Helaba, razvidne iz njenega poslovnega načrta, in tako poskrbel, da tranše ne bodo presežene. Iz stališč Zvezne republike Nemčije, ki so bila navedena v točki 54 obrazložitve izpodbijane odločbe ter sta jih v pisnih vlogah potrdili tožeča stranka in družba Helaba, je namreč razvidno, da so bile tranše določene na približno 384 milijonov (za leto 1999), 614 milijonov (za leto 2000), 818 milijonov (za leto 2001) in 1,02 milijarde (za leto 2002) EUR, medtem ko je banka na podlagi načrtovane letne stopnje rasti potrebovala približno 150 milijonov EUR na leto.

71 Nazadnje je treba opozoriti, da tožeča stranka, ki se osredotoča na Hessen kot vlagatelja, ne pojasnjuje, zakaj naj bi rešitev Komisije – s katero je sprejela stopenjski model in določitev 0,3 % nadomestila za del vložka, ki presega dogovorjene tranše – pomenila konkurenčno ugodnost za družbo Helaba, ki je v tržnih razmerah ne bi dobila.

72 Komisija torej s tem, da je v okoliščinah obravnavanega primera menila, da to, da od leta 1999 do leta 2002 družba Helaba za del kapitala, ki čeprav bi ga bilo mogoče namensko uporabiti za kritje konkurenčnih dejavnosti, v ta namen ni bil uporabljen, ni plačala primernega nadomestila za širitev konkurenčnih dejavnosti, ne pomeni ugodnosti, ki je v tržnih razmerah ne bi dobila, ni storila očitne napake pri presoji.

73 Te ugotovitve ne more omajati trditev tožeče stranke, da je Komisija s tem, da je v obravnavanem primeru sprejela stopenjski model, odstopila od svoje prejšnje prakse, zlasti pa od stališča, ki ga je zavzela v sodnem postopku v zvezi z odločbo WestLB iz leta 1999. V zvezi s tem je namreč treba ugotoviti, da je Splošno sodišče v zgoraj v točki 7 navedeni sodbi WestLB to odločbo razglasilo za nično in da odločba, ki jo je Komisija sprejela po tej razglasitvi – to je Odločba 2006/737/ES z dne 20. oktobra 2004 o pomoči Nemčije za Westdeutsche Landesbank-Girozentrale, sedaj WestLB AG (UL 2006, L 307, str. 22, v nadaljevanju: odločba WestLB iz leta 2004) – ne določa več pribitka na stopnjo nadomestila, ki ga je Komisija utemeljila s trditvijo tožeče stranke. Vsekakor se ne more šteti, da se je Komisija strinjala, da Hessen prejme samo delno nadomestilo za del spornega vložka, ki bi ga bilo mogoče namensko uporabiti za kritje konkurenčnih dejavnosti družbe Helaba. Štela je namreč, da po sporazumu o stopenjskem modelu Hessen ni prepustil uporabe prenesenega kapitala poslovni presoji družbe Helaba in da z določitvijo 0,3-odstotnega nadomestila za del spornega vložka, ki presega dogovorjene tranše, ne bo prejel delnega nadomestila, ampak primerno nadomestilo za vsak del vložka glede na njegovo uporabnost za družbo Helaba.

74 Iz navedenega je razvidno, da je treba ta očitek zavrniti.

3. *Očitek, da je Komisija napačno opredelila sporni vložek kot „običajni" vložek tihega družbenika in ne kot naložbo v osnovni kapital*

a) Izpodbijana odločba

75 Komisija je povzela trditve tožeče stranke, navedene v postopku sprejetja odločbe, da je bila „edina primerna pravna oblika, ki jo je imela Helaba na razpolago […] [delniški] kapital" in da je bil zato sporni vložek „[zloraba] ‚običajne' oblike [tihe družbe]". Navedla je tudi, da je po mnenju tožeče stranke sporni vložek z ekonomskega vidika kazal take podobnosti z delniškim kapitalom, da bi vlagatelj zahteval obresti, ki ustrezajo nadomestilu za delniški kapital. Kljub temu je bila po mnenju Zvezne republike Nemčije „mogoča druga pravna oblika, in sicer trajni vložek tihega družbenika" (v nadaljevanju: perpetual) (točki 127 in 128 obrazložitve izpodbijane odločbe).

76 Na prvem mestu Komisija upošteva, da sta Hessen in družba Helaba vložek tihega družbenika izrecno opredelila kot tak in da so ga kot takega priznali tudi pristojni nemški organi (točka 129 obrazložitve izpodbijane odločbe).

77 Na drugem mestu Komisija trdi, da je glede na analizo tveganja sporni vložek bolj podoben „običajnemu" vložku tihega družbenika, to je za določen čas, kot naložbi v delniški kapital. V zvezi s tem šteje za bistveno, da bi moral biti, kot je na podlagi

strokovnega poročila pojasnila Zvezna republika Nemčija, pri stečaju sporni vložek tako kot drugi „običajni“ vložki tihih družbenikov poplačan pred delniškim kapitalom. Dodaja, da Hessen in vlagatelj v tiho družbo za določen čas prejemata celotno dogovorjeno nadomestilo, vse dokler podjetje nima izgub, medtem ko ima vlagatelj v delniški kapital samo pravico do izplačila dividend sorazmerno s koristjo (točke od 130 do 132 obrazložitve izpodbijane odločbe).

78 Na tretjem mestu Komisija pojasnjuje, zakaj šteje, da trditve tožeče stranke med upravnim postopkom niso zadostne, da bi omajale to ugotovitev.

79 Prvič, Komisija zavrača utemeljitev tožeče stranke, da bi bilo treba, kot je bilo to storjeno v zadevi WestLB, sporni vložek zaradi njegove velikosti primerjati z naložbo v delniški kapital, zaradi katere se je temeljni kapital družbe Helaba dolgoročno gledano povečal za skoraj 50 %. V zvezi s tem navaja, da bi lahko družba Helaba med letoma 1998 in 2002 brez težav zadovoljila svojo predvideno potrebo po kapitalu s prejemom več časovno porazdeljenih manjših vložkov tihih družbenikov od različnih institucionalnih vlagateljev (točka 133 obrazložitve izpodbijane odločbe).

80 Drugič, Komisija zavrača utemeljitev tožeče stranke, da zaradi spornega vložka delež delniškega kapitala v celotnem lastniškem kapitalu (v nadaljevanju: rezerva delniškega kapitala) družbe Helaba ne bo presegel 50 %, medtem ko ta pri zasebnih kreditnih institucijah znaša več kot 80 %. Komisija je menila, da to ne pomeni, da zasebni vlagatelj ne bi dodelil spornega vložka, saj je Zvezna republika Nemčija pokazala, da se deželne banke pogosto financirajo z vložki tihih družbenikov čez mejo 15 %, in to deloma s strani zasebnih vlagateljev (točka 134 obrazložitve izpodbijane odločbe).

81 Tretjič, glede posledic trajnosti spornega vložka na stopnjo tveganja Komisija zavrača utemeljitve tožeče stranke, da so institucionalni vlagatelji pripravljeni pridobiti samo hibridne instrumente lastniškega kapitala z določenim trajanjem ali instrumente, za katere se lahko domneva vračilo, ker se obrestna mera izplačila postopoma povečuje. Meni, da trajnost vložka za vlagatelja vključuje predvsem tveganje, da ne bo mogel izkoristiti povečanj tržne obrestne mere, vendar da ne vpliva na tveganje izgube. Na podlagi tega ugotavlja, da trajnost spornega vložka v obravnavanem primeru ne upravičuje, da se vložek zaradi nadzora nad primerno stopnjo dogovorjenega nadomestila primerja z nadomestilom za delniški kapital namesto z nadomestilom za vložek tihega družbenika (točki 136 in 138 obrazložitve izpodbijane odločbe).

82 Komisija na podlagi tega ugotavlja, da je bila vključitev posebnega sklada Hessna „nedvomno opravljena v pravni obliki tihe družbe, ki ima veliko več skupnega z drugimi vložki tihih družbenikov kot z delniškim kapitalom“. V zvezi s tem navaja, da „zato ni zadostnih dokazov za zlorabo pravne oblike tihe družbe za vlogo kapitala, ki v resnici v gospodarskem smislu predstavlja [delniški] kapital“. Meni, da so torej „izhodišče za nadomestilo za [sporni vložek] ‚običajni‘, to je časovno omejeni vložki [tihih družbenikov,] obsega, ki je značilen za vloge, razvidne na trgu, nadomestilu katerih se mora morda prišteti pribitek“ (točka 139 obrazložitve izpodbijane odločbe).

b) Trditve strank

83 Tožeča stranka trdi, da sporni vložek ne bi smel biti opredeljen kot „običajni“ vložek tihega družbenika in da se zato nadomestila zanj ne bi smelo primerjati z nadomestili za trajne vložke tihih družbenikov, dosegljive na trgu.

84 Poudarja, da je Komisija preučila, ali sta stranki zlorabili pravno obliko tihe družbe, namesto da bi sporni vložek opredelili kot naložbo v delniški kapital, ekonomske značilnosti spornega vložka pa je preučila le podredno. Trdi, da je to razlogovanje napačno, saj v obravnavanem primeru ne gre za to, ali je obstajala zloraba, ampak ali je sporni vložek z ekonomskega vidika bolj podoben drugim vložkom tihih družbenikov na trgu ali naložbam v delniški kapital.

85 Tožeča stranka meni, da se v nasprotju z ugotovitvijo Komisije sporni vložek pravno in ekonomsko razlikuje od modela tihe družbe po pravu družb ali od vložkov tihih družbenikov za določen čas, dosegljivih na trgu in priznanih kot temeljni kapital, in ima posebno strukturo, zaradi katere ga ni mogoče primerjati s tihimi družbami, ki jih je s tem namenom izbrala Komisija. Poleg tega meni, da se Komisija pri presoji ni postavila v čas prenosa spornega vložka, obenem pa je napačno ocenila razmere na trgu v tistem času.

86 Prvič, tožeča stranka glede pravnih posebnosti spornega vložka trdi, da navedeni vložek formalno ni „običajni“ vložek tihega družbenika v smislu nemškega prava družb, med drugim, ker naj bi bil zasnovan tako, da bi izpolnjeval pogoje iz zakona in Sydneyjske izjave, da bi se lahko štel sestavni del temeljnega kapitala družbe Helaba, in to čez mejo 15 %.

87 Drugič, tožeča stranka glede ekonomskih posebnosti spornega vložka navaja pet elementov, ki profil tveganosti spornega vložka bolj približajo profilu tveganosti naložbe v delniški kapital kot tistemu od vložkov tihih družbenikov za določen čas: njegova

velikost, kakovost kritja, profil donosnosti, ohranjanje vloženega kapitala in njegova trajnost ter neobstoj možnosti dviga.

88 Tretjič, tožeča stranka glede razmer na trgu ob prenosu vložka trdi, da je Komisija kršila merilo zasebnega vlagatelja, ker je izbrala napačno referenčno obdobje. Tako trdi, da je Komisija ugotovitev, da bi bilo treba sporni vložek primerjati z vložki tihih družbenikov za določen čas, utemeljila s podatki v zvezi s prakso zasebnih bank v obdobju po spornem vložku.

89 Tožeča stranka poleg tega nasprotuje trditvam Komisije, da je v času spornega vložka v Nemčiji obstajal razvit trg hibridnih instrumentov lastniškega kapitala in da bi družba Helaba svoje potrebe po kapitalu lahko zadovoljila tudi tako, da bi sprejela vložek tihega družbenika v več manjših tranšah. Zlasti trdi, da ni bistveno, kaj bi družba Helaba lahko storila, da bi prišla do kapitala, ampak ali bi ji zasebni vlagatelj pod enakimi pogoji kot za sporni vložek namenil istovrsten vložek.

90 Komisija in intervenientke tem trditvam nasprotujejo.

c) Presoja Splošnega sodišča

91 Najprej je treba pojasniti stališča strank glede pomena pravne oblike, ki sta jo družba Helaba in Hessen izbrala za sporni vložek, za rešitev obravnavanega spora.

92 Iz izpodbijane odločbe, zlasti iz točk 127, 128 in 139 obrazložitve (glej točki 75 in 82 zgoraj), je razvidno, da je Komisija trditve tožeče stranke med upravnim postopkom razlagala kot podporo ugotovitvi zlorabe pravne oblike tihe družbe.

93 Tožeča stranka v tožbi nasprotuje taki razlagi in trdi, da ni nikoli trdila, da je sporni vložek, pravno gledano, delniški kapital. Trdi, da je med upravnim postopkom zagovarjala stališče, da se glede na konkretno zasnovo sporni vložek v ekonomskem smislu precej razlikuje od vložka tihega družbenika in da je zelo podoben delniškemu kapitalu, tako da bi zasebni vlagatelj zanj zahteval nadomestilo, ustrezno profilu tveganosti delniškega kapitala. Poleg tega preučuje pravne značilnosti spornega vložka in trdi, da trditev Komisije, da je sporni vložek primerljiv z „običajnim“ vložkom tihega družbenika, ne vzdrži temeljite presoje pravne strukture navedenega vložka in da ima v primerjavi z „običajnim“ vložkom tihega družbenika, ki ustreza modelu iz prava družb, pomembne posebnosti.

94 Iz vseh pisnih vlog strank je torej razvidno, da vprašanje, ali je Komisija trditve tožeče stranke med upravnim postopkom razlagala pravilno ali ne, pravzaprav ni predmet tega spora. Iz trditev strank je namreč razvidno, da se strinjajo, da sta Hessen in družba Helaba sporni vložek zakonito opredelila kot vložek tihega družbenika, kot takega pa so ga priznali tudi nemški organi. Strinjajo se tudi glede tega, da posebnosti spornega vložka Hessnu in družbi Helaba niso preprečevale uporabe pravne oblike tihe družbe.

95 Stranke svoje trditve glede opredelitve spornega vložka zaradi določitve referenčnih transakcij osredotočajo na vprašanje, ali je ta glede profila tveganosti tako podoben delniškemu kapitalu, da bi zasebni vlagatelj zahteval nadomestilo, ustrezno

nadomestilu za delniški kapital, ali pa je bolj podoben vložkom tihih družbenikov za določen čas in spada v temeljni kapital, tako da je mogoče nadomestilo zanj primerjati z nadomestilom za vložek tihega družbenika.

96 V zvezi s tem je treba poudariti, da je primerjava spornega vložka z drugimi hibridnimi instrumenti precej zapleteno ekonomsko vprašanje, glede katerega ima Komisija široko diskrecijsko pravico (zgoraj v točki 7 navedena sodba WestLB, točka 351).

97 Poleg tega je opredelitev spornega vložka kot vložka tihega družbenika za določen čas ali naložbe v delniški kapital samo instrument presoje, ki ga uporablja Komisija v okviru uporabe člena 87(1) ES (glej v tem smislu zgoraj v točki 7 navedeno sodbo WestLB, točka 250).

98 Presoja Komisije v zvezi s tem torej ne dopušča samodejne ugotovitve obstoja in obsega državne pomoči, ampak ji le omogoča izhodišče za presojo, ki upošteva okoliščine, v katerih so zasebni vlagatelji opravili kar najbolj podobne transakcije. Rešitev tega vprašanja Komisije torej ne razbremeni obveznosti opraviti popolno presojo vseh upoštevnih elementov sporne transakcije in njenega konteksta, vključno s položajem podjetja prejemnika in stanjem na upoštevnem trgu, da bi preverila, ali je prejemnik imel gospodarsko korist, ki je v običajnih tržnih razmerah ne bi imel (glej v tem smislu zgoraj v točki 7 navedeno sodbo WestLB, točki 251 in 257).

99 Treba je preučiti trditve strank glede nekaterih značilnosti spornega vložka tako, da se najprej obravnavajo tiste, ki se nanašajo na značilnosti, na podlagi katerih je Komisija menila, da bi bilo treba nadomestilo za sporni vložek primerjati z nadomestilom za vložek tihega družbenika za določen čas, nato tiste, ki se nanašajo na značilnosti spornega vložka, za katere je Komisija menila, da ne preprečujejo navedene primerjave,

nazadnje pa tiste, ki se nanašajo na značilnosti spornega vložka, ki med upravnim postopkom niso bile navedene in niso bile obravnavane v izpodbijani odločbi. Prav tako bo treba preučiti očitke tožeče stranke glede referenčnega obdobja, ki ga je Komisija upoštevala pri uporabi merila zasebnega vlagatelja.

Značilnosti, na podlagi katerih je Komisija menila, da bi bilo treba nadomestilo za sporni vložek primerjati z nadomestilom za vložek tihega družbenika za določen čas

– Tveganje izgube pri stečaju ali likvidaciji

100 Komisija je menila, da sporni vložek pri stečaju ali likvidaciji pomeni enako tveganje kot vložki tihih družbenikov za določen čas, ki obstajajo na trgu, ker morajo biti v takem primeru izplačani pred delniškim kapitalom. V zvezi s tem se je sklicevala na pogodbene določbe in na strokovno poročilo, ki ga je predložila Zvezna republika Nemčija (točka 131 obrazložitve izpodbijane odločbe).

101 Upoštevni pogodbeni določbi sta člena 3 in 9. Člen 3 o udeležbi pri izgubah v odstavku 2 določa:

„[R]azmerje med terjatvami vlagatelja in terjatvami drugih vlagateljev v lastniški kapital v smislu člena 10 [Kreditwesengesetz] je urejeno po časovnem vrstnem redu kapitalskih vložkov v banko, tako da imajo terjatve na podlagi prej vloženega lastniškega kapitala prednost. Pri sočasnih kapitalskih vložkih se terjatve poplačajo glede na delež, ki ga imajo v lastniškem kapitalu v smislu člena 10(4) in (5) [Kreditwesengesetz]. Za

vložke po členu 10(4) [Kreditwesengesetz] se upošteva datum, na kateri je bil vložek vplačan, medtem ko se za pravice udeležbe upošteva datum, ki označuje začetek njihove veljavnosti."

102 Člen 9 o slabšem vrstnem redu določa:

„Pri stečaju ali likvidaciji banke se terjatve za vračilo sredstev – razen v primeru iz člena 3(2) […] – poplačajo šele po poplačilu vseh upnikov banke, razen zasebnih vlagateljev s slabšim vrstnim redom v skladu s členom 10 [Kreditwesengesetz]."

103 V strokovnem poročilu, ki ga je predložila Zvezna republika Nemčija, je navedeno:

„Člen 3(2) pogodbe v ničemer ne spreminja zakonitega vrstnega reda za izplačilo vložka tihega družbenika iz morebitnega preostanka sredstev pri stečaju ali likvidaciji banke. To je razvidno iz omejenosti določbe, ki v drugem stavku omenja le lastniški kapital v smislu člena 10(4) in (5) [Kreditwesengesetz] ter v tretjem stavku določa upoštevni datum za opredelitev časovnega vrstnega reda le za vložek tihega družbenika in pravice udeležbe."

104 Tožeča stranka trdi, prvič, da čeprav je treba načeloma vložek tihega družbenika izplačati pred delniškim kapitalom, ostaja odprto vprašanje, ali glede na besedilo pogodbe enako velja tudi za sporni vložek. Poleg tega trdi, da ni jasno, s čim je avtor strokovnega poročila, ki ga je navedla Komisija, utemeljil ugotovitev, da je treba – v nasprotju z besedilom pogodbe – sporni vložek izplačati pred delniškim kapitalom. V repliki trdi, da ko so upniki, ki so vplačali temeljni kapital, v skladu s členoma 3(2) in

9 pogodbe glede na časovni vrstni red svojih vložkov poplačani, bi moral Hessen upoštevati načelo, da je pri stečaju ali likvidaciji družbe Helaba poplačan zadnji – ne samo za vsemi „navadnimi“ upniki, ampak tudi za vsemi vlagatelji v temeljni kapital in torej tudi za vlagatelji v delniški kapital.

105 V zvezi s tem je treba ugotoviti, da pogodba izrecno ne določa, da mora biti sporni vložek izplačan za delniškim kapitalom, in da razlaga izraza „drugi vlagatelji v lastniški kapital v smislu člena 10 [Kreditwesengesetz]“ iz prvega stavka člena 3(2) pogodbe povzroča težave glede vprašanja, ali se prednost terjatev na podlagi prej vloženega kapitala nanaša tudi na vložke v delniški kapital.

106 Vendar je treba na eni strani opozoriti, da čeprav tožeča stranka v nekaterih delih pisnih navedb trdi, da pogodba določa, da mora biti sporni vložek izplačan za delniškim kapitalom, v tožbi prav tako navaja, da ostaja odprto vprašanje, ali se za sporni vložek uporabi dopolnilno pravilo, da morajo biti vložki tihih družbenikov izplačani pred delniškim kapitalom. Na drugi strani tožeča stranka, čeprav ji je bilo na zahtevo Splošnega sodišča poslano strokovno poročilo, ki ga je navedla Komisija, ni navedla ničesar, s čimer bi izpodbila razlago avtorja strokovnega poročila, da je treba izraz „drugi vlagatelji v lastniški kapital v smislu člena 10 [Kreditwesengesetz]“ iz prvega stavka člena 3(2) pogodbe razlagati ob upoštevanju drugega in tretjega stavka te določbe, ki se nanaša le na vložke tihih družbenikov in pravice udeležbe, ne pa na delniški kapital.

107 V teh okoliščinah je treba ugotoviti, da na podlagi trditev tožeče stranke ni mogoče šteti, da je Komisija storila očitno napako pri presoji, ko je ob upoštevanju strokovnega poročila, ki ga je predložila Zvezna republika Nemčija, menila, da bi moral biti pri stečaju ali likvidaciji sporni vložek izplačan pred delniškim kapitalom. Dejstvo, da tožeča stranka pogodbo razume drugače kot Komisija in stranki pogodbe o spornem

vložku ter kot je razvidno iz strokovnega poročila, pa ne zadostuje za dokaz obstoja očitne napake pri presoji.

108 Drugič, tožeča stranka trdi, da tudi če bi moral biti sporni vložek izplačan pred delniškim kapitalom, bi bilo tveganje izgube podobno tistemu pri delniškem kapitalu, saj v praksi pri stečaju upniki s slabšim vrstnim redom in vlagatelji v delniški kapital ne dobijo ničesar.

109 V zvezi s tem zadostuje ugotovitev, da tudi če vsi stečaji v bančnem sektorju za lastnike in upnike s slabšim vrstnim redom pomenijo popolno izgubo njihovih sredstev – čemur Komisija in intervenientke nasprotujejo – je to značilnost vseh vložkov tihih družbenikov, ki spadajo v temeljni kapital, saj so to nujno terjatve s slabšim vrstnim redom. Zato spornega vložka, čeprav je po tej značilnosti enak delniškemu kapitalu, ni mogoče razlikovati od vložkov tihih družbenikov, ki spadajo v temeljni kapital.

110 V teh okoliščinah je treba šteti, da na podlagi trditev tožeče stranke ni mogoče razsoditi, da je Komisija s tem, da je menila, da pomeni sporni vložek pri stečaju ali likvidaciji enako tveganje kot vložki tihih družbenikov, storila očitno napako pri presoji.

– Profil donosnosti

111 Komisija je menila, da je sporni vložek običajni vložek tihega družbenika, ker Hessen – tako kot vlagatelj v tiho družbo za določen čas – prejema celotno dogovorjeno nadomestilo, vse dokler podjetje nima izgub, medtem ko ima vlagatelj v delniški

kapital samo pravico do izplačila dividend sorazmerno z dobičkom (točka 132 obrazložitve izpodbijane odločbe).

112 Tožeča stranka tako presojo graja in trdi, da se tako fiksno kot variabilno nadomestilo lahko uporabita za delniški kapital in za vložke tihih družbenikov, tako eno kot drugo pa se lahko glede na poslovno uspešnost banke izkaže za ugodnejše. V zvezi s tem opozarja, da je Komisija v zadevi WestLB obravnavano transakcijo primerjala z naložbo v delniški kapital, čeprav je bilo obravnavano nadomestilo fiksno. Dodaja, da je z vidika vlagatelja vsekakor glavno vprašanje, ali je plačilo nadomestila odvisno od doseženega dobička. Meni, da to še posebej velja v obravnavanem primeru, saj Hessen prejme celotno nadomestilo samo, če je dobiček družbe Helaba vsaj enak nadomestilu in če za to ni potrebno povečanje lastniškega kapitala.

113 Na prvem mestu je treba glede tega, ali je nadomestilo fiksno oziroma variabilno, najprej ugotoviti, da v obravnavanem primeru ni pomembno, katero je v določenih okoliščinah ugodnejše, ampak ali je Komisija storila očitno napako pri presoji, ko je menila, da je zato, ker je med strankami dogovorjeno nadomestilo fiksno nadomestilo, ki ga je treba plačati, kadar družba Helaba nima izgub, sporni vložek bolj podoben vložkom tihih družbenikov za določen čas kot delniškemu kapitalu, ker je tako nadomestilo značilno za tihe družbe.

114 V zvezi s tem družba Helaba pravilno trdi, da tudi v primerih, v katerih je fiksno nadomestilo dogovorjeno za delniški kapital, je dejanski naložbeni dobiček lastnikov banke vedno variabilen. Če pa dobiček, ki presega plačano fiksno nadomestilo, poveča kapitalske rezerve banke, ki jih je treba pri likvidaciji razdeliti ali ki pozitivno vplivajo na vrednost delnic, bo dobiček vlagatelja v delniški kapital presegel nadomestilo, ki ga je prejel. V teh okoliščinah ni mogoče vnaprej predvideti končnega zneska, zaradi česar je končno nadomestilo za naložbo variabilno.

115 Družba Helaba poudarja tudi – tožeča stranka pa temu ne nasprotuje – da je v študiji hibridnega temeljnega kapitala, ki jo je predložila tožeča stranka, navedeno, da je najboljši del temeljnega kapitala delniški kapital, saj je med drugim edini, iz katerega ne izhaja obveznost fiksnega plačila.

116 Iz tega je razvidno tudi, da čeprav morda ni vedno tako, je dejansko običajno, da se za vložke tihih družbenikov plačuje fiksno nadomestilo, za kapital pa variabilne dividende. Vsekakor pa lahko, medtem ko mora biti nadomestilo za vložke tihih družbenikov obvezno plačano, kadar so izpolnjeni pogodbeni pogoji, lastniki dobiček uporabijo na različne načine, na primer tako, da povečajo rezerve ali da ga razdelijo, kar je praviloma odvisno od večinske volje.

117 Te ugotovitve ne omaje trditev tožeče stranke v zvezi z odločbo WestLB iz leta 1999. Najprej je treba spomniti, da je Splošno sodišče v zgoraj v točki 7 navedeni sodbi WestLB to odločbo razglasilo za nično. Če pa je trditev tožeče stranke mogoče razlagati tako, da se nanaša na odločbo WestLB iz leta 2004, je treba ugotoviti, da to, da je Komisija menila, da je treba nadomestilo za sredstva, prenesena v obravnavani transakciji, primerjati z nadomestilom za delniški kapital, ne pomeni, da je profil donosnosti navedene transakcije enak kot pri delniškem kapitalu, ampak samo, da v okviru celovite presoje transakcije drugi dejavniki potrjujejo tako primerjavo. V zvezi s tem je Komisija zlasti navedla, da prenesena sredstva spadajo v temeljni kapital, medtem ko je instrumente, ki jih je za primerjavo predlagala Zvezna republika Nemčija, v Nemčiji mogoče uporabiti le kot dopolnilni lastniški kapital.

118 Na drugem mestu, glede trditve tožeče stranke, da je tako pri spornem vložku kot pri delniškem kapitalu nadomestilo odvisno od obstoja dobička, je treba ugotoviti, da to, da je plačilo nadomestila, čeprav fiksnega, pogojeno s tem, da banka ni imela letnega deficita in da zaradi tega plačila ne nastane deficit, velja za vse vložke tihih družbenikov, ki spadajo v temeljni kapital, saj tako določa člen 10(4) Kreditwesengesetz

(nemški zakon o kreditnih institucijah). Zato na podlagi tega ni mogoče dokazati, da je Komisija s tem, da je menila, da je sporni vložek podoben vložkom tihih družbenikov, ki spadajo v temeljni kapital in obstajajo na trgu, storila očitno napako pri presoji.

119 Poleg tega je treba opozoriti, da je znesek koristi, ki je potrebna za to, da se lahko nadomestilo za sporni vložek ali druge vložke tihih družbenikov izplača, nižji od tistega, ki se zahteva, da lahko lastniki banke prejmejo dividende. Nadomestilo tihim družbenikom namreč v skladu z nemško zakonodajo pomeni obratovalni strošek in se torej izplača pred davki in razdelitvijo dobička. Iz tega je razvidno, da za to, da vlagatelji prejmejo celotno nadomestilo, zadostuje, da je doseženi letni čisti dobiček banke pred davki enak nadomestilu. Po drugi strani bi bilo za to, da prejmejo lastniki enak znesek v obliki dividend, načeloma potrebno, da banka doseže letni čisti dobiček pred davki, ki je enak vsoti nadomestil za vložke tihih družbenikov, znesku davkov in znesku navedenih dividend.

120 Trditev tožeče stranke, s katero je odgovorila na vprašanje Splošnega sodišča na obravnavi, da se zaradi te značilnosti sporni vložek in vložki tihih družbenikov, ki se ponujajo na trgu, ne razlikujejo zares od delniškega kapitala, saj lahko lastniki prikažejo razdeljivi dobiček tudi ob letnih izgubah – zlasti z zmanjšanjem rezerv – je v nasprotju z njeno trditvijo, da je sporni vložek zaradi pogojev plačila nadomestila zanj bolj podoben naložbi v delniški kapital kot vložkom tihih družbenikov, ponujenih na trgu. Medtem ko je namreč pogoj za plačilo nadomestila za vložke tihih družbenikov čisti letni dobiček, se lahko dividende izplačajo tudi ob letnih izgubah s prikazom razdeljivega dobička.

121 Poleg tega, medtem ko je nadomestilo za vložke tihih družbenikov obvezno takoj, ko so izpolnjeni pogodbeni pogoji, plačilo dividend na koncu finančnega leta, v katerem

je prišlo do letnih izgub, ni samodejno, ampak je za to potrebna odobritev večine delničarjev. Še več, kot je v odgovoru na vprašanje Splošnega sodišča na obravnavi priznala tožeča stranka, to, da ima banka letno izgubo in ne plača nadomestil za vložke tihih družbenikov, izplača pa dividende, bi škodilo njenemu ugledu in možnostim za uspeh pri prihodnjih transakcijah.

122 V teh okoliščinah je treba šteti, da tožeča stranka ni dokazala, da je Komisija s tem, da je ocenila, da je profil donosnosti spornega vložka značilen za vložke tihih družbenikov, storila očitno napako pri presoji.

Značilnosti spornega vložka, za katere je Komisija menila, da ne preprečujejo primerjave nadomestila za sporni vložek z nadomestilom za vložek tihega družbenika za določen čas

123 Komisija ni upoštevala trditev tožeče stranke glede velikosti spornega vložka, njegovega deleža v temeljnem kapitalu družbe Helaba in njegove trajnosti.

– Velikost

124 Komisija je menila, da absolutna velikost spornega vložka ne pomeni nujno, da ga je mogoče opredeliti kot delniški kapital. V zvezi s tem se sklicuje na dejstvo, da je družba Helaba zaradi stopenjskega modela med letoma 1999 in 2002 lahko za kritje konkurenčnih dejavnosti uporabljala le del prenesenih sredstev. Poleg tega je zavrnila primerjavo z zadevo WestLB, saj je bil v tisti zadevi velik obseg vloženih sredstev le

eden od indicev za primerjavo z delniškim kapitalom. V zvezi s tem trdi, da je med drugim upoštevala tudi, da so bila sredstva izpostavljena polnemu tveganju izgube pri stečaju ali likvidaciji in da v Nemčiji še ni bil razvit trg za hibridne instrumente temeljnega kapitala (točka 133 obrazložitve izpodbijane odločbe).

125 Tožeča stranka trdi, da je treba z vidika vlagatelja razlikovati dva pogleda, in sicer znesek celotne izdaje in velikost deležev, ki jih je mogoče pripisati posameznim vlagateljem. Komisiji očita, da ni upoštevala tega razlikovanja.

126 Na prvem mestu tožeča stranka glede zneska celotne izdaje, prvič, nasprotuje razlogovanju Komisije, na podlagi katerega je menila, da čeprav je bila v zadevi WestLB kot indic za podobnost z delniškim kapitalom upoštevana velikost izdaje, velikost spornega vložka v obravnavanem primeru ne vpliva na tako opredelitev. Tako opozarja, da je po njenem mnenju sporni vložek ekonomsko gledano popolnoma udeležen pri tveganju izgube pri stečaju ali likvidaciji, in trdi, da kapitalski trg, na katerem bi zasebni vlagatelj v družbo Helaba izvedel naložbo, kot je sporni vložek, ni obstajal ne leta 1998 ne kasneje. Trdi, da sta Komisija v odločbi WestLB iz leta 1999 in Splošno sodišče v zgoraj v točki 7 navedeni sodbi WestLB pri opredeljevanju transakcije priznala precejšen pomen velikemu obsegu vloženih sredstev. Meni, da je dejstvo, da je obseg spornega vložka še posebej velik in ima torej precejšen pomen v obravnavanem primeru, potrjeno s primerjavo s transakcijami, ki jih je Komisija navedla v točki 164 obrazložitve izpodbijane odločbe, in tudi s tem, da pomeni sporni vložek 25 % celotnega evropskega obsega hibridnih instrumentov lastniškega kapitala v letu 1998.

127 Drugič, tožeča stranka meni, da utemeljitev Komisije, povezana s stopenjskim modelom, ne more biti veljavna, saj je zasebni vlagatelj ne bi sprejel, in da je napačno šteti,

da gre zaradi tega modela za pet manjših vložkov, saj je bil celotni sporni vložek takoj priznan kot temeljni kapital družbe Helaba, po drugi strani pa bi pri več vložkih ob različnem času za vsakega veljali drugi pogoji, medtem ko je v obravnavanem primeru cel vložek podrejen enakim pogojem.

128 Najprej je treba glede primerjave z zadevo WestLB spomniti, da je Splošno sodišče odločbo WestLB iz leta 1999, na katero se sklicuje tožeča stranka, razglasilo za nično. Poleg tega, čeprav je res, da je Komisija v odločbi WestLB iz leta 2004, sprejeti po tej razglasitvi ničnosti in navedeni v točki 133 obrazložitve izpodbijane odločbe, velik obseg prenesenih sredstev upoštevala pri enačenju v tisti zadevi obravnavanega prenosa z delniškim kapitalom, Komisija svoje ugotovitve ni utemeljila z absolutnim obsegom transakcije, ampak z deležem, ki ga je zadevni kapital imel v temeljnem kapitalu družbe WestLB, odločilno pa je bilo dejstvo, da na dan, na kateri je bila opravljena ta transakcija, hibridni instrumenti lastniškega kapitala niso pomenili 20 % lastniškega kapitala, v Nemčiji niso šteli za temeljni kapital in niso bili vsi trajni (točke 204, 206, 208 in 209 obrazložitve odločbe WestLB iz leta 2004).

129 Nasprotno, obseg spornega vložka je (1,264 milijarde EUR) – čeprav večji od tistega, ki ga je za primerjavo uporabila Komisija – še vedno veliko nižji od obsega transakcije, obravnavane v zadevi WestLB (3,02 milijarde EUR, vpisanih na bilanci, od česar je bilo kot temeljni kapital priznano 2,05 milijarde) (točki 54 in 71 obrazložitve odločbe WestLB iz leta 2004). Poleg tega je bil, kot poudarja Komisija, sporni vložek dodeljen konec leta 1998, vložek iz zadeve WestLB pa je iz leta 1991. Vendar pa ni sporno, da so konec leta 1998 hibridni instrumenti lastniškega kapitala skladno z nemško zakonodajo lahko šteli za temeljni kapital, ne pa le za dopolnilni lastniški kapital, bili prejeti za nedoločen čas in ob izpolnjevanju pogojev iz Sydneyjske izjave pomenili bistveni del temeljnega kapitala bank.

130 Treba je zavrniti tudi trditev tožeče stranke, da je Splošno sodišče v zgoraj v točki 7 navedeni sodbi WestLB merilu velikosti naložbe dalo precejšen pomen. V navedeni sodbi je namreč Splošno sodišče ugotovilo, da je Komisija pojasnila, zakaj je menila, da so razlike med hibridnimi instrumenti lastniškega kapitala in sporno transakcijo tolikšne, da je imela medsebojna primerjava le omejen pomen, in zlasti potrdilo, da je Komisija pozornost usmerila na to, da hibridni instrumenti lastniškega kapitala, ki sta jih v tisti zadevi navedli tožeči stranki, na splošno pomenijo le majhen del lastniškega kapitala bank, v nasprotju s sredstvi, prenesenimi na družbo WestLB. Splošno sodišče je tako preverilo samo, ali razlogovanje Komisije v zadevnem primeru ni vsebovalo očitnih napak pri presoji, ne da bi zagovarjalo stališče, da je merilo obsega prenesenih sredstev vedno odločilno. Poleg tega je spomnilo, da ima Komisija glede te odločitve široko diskrecijsko pravico (zgoraj v točki 7 navedena sodba WestLB, točki 350 in 351).

131 Dalje, glede utemeljitve Komisije, da je družba Helaba zaradi stopenjskega modela med letoma 1999 in 2002 za kritje konkurenčnih dejavnosti lahko uporabljala samo del prenesenih sredstev, je treba spomniti, da je bilo v točkah od 58 do 73 zgoraj odločeno, da Komisija s sprejetjem navedenega stopenjskega modela ni storila očitne napake pri presoji. Poleg tega, čeprav je res, kot navaja tožeča stranka, da je bil celotni vložek od dneva prenosa vpisan na bilanco družbe Helaba, ostaja dejstvo, da je Komisija štela, da del, ki presega letne tranše iz stopenjskega modela, kot tudi del, ki je bil namenjen kritju dejavnosti pomoči za promocijo stanovanj, služi samo za kritje in ne za širitev konkurenčnih dejavnosti, in da je bilo zato nadomestilo zanj določeno glede na nadomestilo, ki bi ga za kritje zahteval zasebni vlagatelj, ne pa glede na nadomestilo, ki bi ga tak vlagatelj zahteval kot tihi družbenik, če bi na podlagi njegovega vložka banka lahko razširila svoje konkurenčne dejavnosti. Glede na to, da vložki tihih družbenikov omogočajo takojšnjo širitev konkurenčnih dejavnosti, je Komisija lahko menila – in pri tem ni storila očitne napake pri presoji – da ob upoštevanju stopenjskega modela sporni vložek ni enak vložku tihega družbenika v višini 1,2 milijarde EUR, ki bi družbi Helaba omogočil takojšnjo širitev konkurenčnih dejavnosti, ampak nizu petih vložkov tihega družbenika v višini med 180 in 380 milijonov EUR.

132 Trditev tožeče stranke, da so pri vložkih, prenesenih v različnem času, pogoji za vsak vložek drugačni, medtem ko za sporni vložek veljajo enaki pogoji, ne more omajati te ugotovitve. Treba je namreč ugotoviti, da tožeča stranka ni pojasnila, zakaj morajo biti pogoji za pet zaporedno prenesenih vložkov nujno različni.

133 Na drugem mestu, glede deleža, ki ga je mogoče pripisati posameznim vlagateljem, tožeča stranka trdi, da prav tako ni običajno, da izdaja ni razdeljena med več vlagateljev, ampak da jo je prevzel samo en vlagatelj. V zvezi s tem trdi, da tveganje vlagatelja z višino vloženih sredstev stopnjevito raste tako absolutno kot tudi v primerjavi s tveganjem drugih vlagateljev z manjšimi vložki. Tožeča stranka meni, da je v teh okoliščinah sporni vložek samo enega vlagatelja podoben naložbi v delniški kapital.

134 V zvezi s tem zadostuje ugotovitev, da tožeča stranka ni navedla nobenega dokaza, na podlagi katerega bi bilo mogoče šteti, da je običajno, da je višina nadomestila vlagatelju, ki vpiše del vložka tihega družbenika, različna glede na delež v celotni izdaji, tako da vlagatelji z večjimi vpisanimi deleži prejmejo večje nadomestilo od drugih. Poleg tega se je pri transakcijah, ki jih je Komisija v izpodbijani odločbi uporabila za primerjavo, omenjalo nadomestilo po samo eni obrestni meri, tako da ni mogoče sklepati, da so vlagatelji, ki so vložili več, prejeli večje nadomestilo. Poleg tega tožeča stranka ni pojasnila, zakaj je zaradi povečanja tveganja, ki ga je Hessen prevzel, ker ni želel razdeliti posebnega sklada, njegova naložba podobna naložbi v delniški kapital banke, glede na to, da za tako naložbo ni značilna velikost in imetnik lahko delniški kapital vpiše v majhnem obsegu, tako absolutno kot tudi v razmerju do celotnega kapitala.

135 V teh okoliščinah je treba šteti, da na podlagi trditev tožeče stranke ni mogoče ugotoviti, da je Komisija s tem, da je menila, da je sporni vložek kljub svoji velikosti bolj

podoben vložkom tihih družbenikov, ki se ponujajo na trgu, kot delniškemu kapitalu, storila očitno napako pri presoji.

– Rezerva delniškega kapitala

136 Komisija je menila, da znižana rezerva delniškega kapitala ne pomeni, da zasebni vlagatelj ne bi opravil podobne naložbe, kot je sporni vložek, v obliki tihe družbe. To mnenje je temeljilo na dejstvu, da deželne banke vložke tihih družbenikov uporabljajo pogosteje kot zasebne banke, saj kot pravne osebe javnega prava ne morejo pridobiti delniškega kapitala na finančnih trgih. Navedla je, da so vlagatelji, tudi zasebni, pri deželnih bankah prej pripravljeni sprejeti manjšo rezervo delniškega kapitala, saj je njihova struktura tveganja manjša (točka 134 obrazložitve izpodbijane odločbe).

137 Tožeča stranka trdi, da je Komisija, čeprav se sklicuje na to, da je rezerva delniškega kapitala v obravnavanem primeru manjša od rezerv zasebnih bank, spregledala, da ima sporni vložek štiri značilnosti, ki mu dajejo posebno kakovost jamstva in zaradi katerih spominja na sredstvo za trajno zagotavljanje osnove kapitala družbe Helaba, podobno delniškemu kapitalu. Poleg tega graja ugotovitev Komisije, da znižana rezerva delniškega kapitala ne pomeni, da zasebni vlagatelj ne bi opravil podobne naložbe, kot je sporni vložek, v obliki tihe družbe.

138 Tožeča stranka glede štirih značilnosti spornega vložka, ki mu dajejo posebno kakovost jamstva, navaja, prvič, dejstvo, da pomeni neobičajno velik delež lastniškega kapitala družbe Helaba, in sicer 40-odstotni. Drugič, ugotavlja, da je ta veliki delež

lastniškega kapitala družbe Helaba dodelil samo en vlagatelj, medtem ko med vložki tihih družbenikov, ki jih za primerjavo uporablja Komisija, noben vlagatelj nima deleža, ki presega 1 %. Za vlagatelja bi rezerva delniškega kapitala pri vložkih tihih družbenikov, uporabljenih za primerjavo, znašala 99 %, pri spornem vložku pa 60 %. Tretjič, poudarja, da ta celotni vložek spada v temeljni kapital in ne samo v lastniški. Četrtič, opozarja, da je celotni vložek spadal v temeljni kapital družbe Helaba in ne le v temeljni kapital skupine, ki ji pripada, kar daje družbi Helaba večjo prožnost pri njegovi uporabi, tako da bi zasebni vlagatelj zahteval pribitek na svoje nadomestilo.

139 V zvezi s tem je najprej treba ugotoviti, da sporni vložek pomeni dejansko zelo velik del lastniškega kapitala družbe Helaba, medtem ko lahko vložki tihih družbenikov za določen čas v skladu s Sydneyjsko izjavo pomenijo samo 15 % temeljnega kapitala. Gre za nedvomno razliko med spornim vložkom in vložki tihih družbenikov za določen čas.

140 Dalje je treba glede dejstva, da je sporni vložek dodelil posamezni vlagatelj, ki ima zaradi tega na voljo 40 % lastniškega kapitala družbe Helaba, šteti, da ta okoliščina, ekonomsko gledano, vložka tihega družbenika ne more spremeniti v delniški kapital, enako kot dejstvo, da ima neki vlagatelj le majhen del delniškega kapitala, njegovi naložbi ne more odvzeti lastnosti delniškega kapitala.

141 Delež lastniškega kapitala, ki ga ima vlagatelj, gotovo določa izpostavljenost tveganju, vendar ne vpliva na tveganost niti na ekonomsko opredelitev izvedenih naložb. Tako so bistvene značilnosti – po katerih se vložki tihih družbenikov razlikujejo od delniškega kapitala, in sicer vrstni red pri stečaju ali likvidaciji, pogoji za izplačilo nadomestila in prednosti ali slabosti z vidika banke glede uporabe enega ali drugega načina – enake, ne glede na znesek posamezne naložbe.

142 Glede tega, da je sporni vložek spadal v temeljni kapital družbe Helaba, ne pa njene skupine, je treba ugotoviti, da Komisija in intervenientke niso nasprotovale, da gre dejansko za posebnost spornega vložka. Vendar pa dejstvo, na katero se sklicuje tožeča stranka, da daje ta opredelitev družbi Helaba večjo prožnost pri uporabi sredstev, v ničemer ne povečuje profila tveganosti spornega vložka v primerjavi z vložki tihih družbenikov ali podobnosti z delniškim kapitalom.

143 Nazadnje, glede dejstva, da je celotni sporni vložek spadal v temeljni kapital, je treba opozoriti, da tožeča stranka to značilnost samo navaja, ne da bi z njo kaj utemeljevala. Ker je ta značilnost posledica tega, da je bil sporni vložek zasnovan kot perpetual brez klavzule o povečanju obrestne mere (v nadaljevanju: klavzula step-up), je treba napotiti na ugotovitve Splošnega sodišča glede trajnosti spornega vložka (glej točke od 150 do 154 spodaj).

144 Tožeča stranka glede presoje Komisije, da znižana rezerva delniškega kapitala ne pomeni, da zasebni institucionalni vlagatelj ne bi opravil podobne naložbe, kot je sporni vložek, v obliki tihe družbe, trdi, da dejstvo, da se deželne banke pogosteje odločajo za vložke tihih družbenikov, ne pomeni, da bi se vlagatelji odpovedali primernemu nadomestilu. Dodaja, da so navedene vložke tihih družbenikov kljub vsemu dodelili njihovi lastniki, javni, ne pa zasebni vlagatelji, tako da se Komisija za primerjavo ni mogla sklicevati nanje. Glede trditev Komisije, da so bili vlagatelji pri deželnih bankah bolj pripravljeni sprejeti manjšo rezervo delniškega kapitala, ker je njihova struktura tveganja manjša, tožeča stranka trdi, da je iz primerjave med ocenami deželnih in zasebnih bank razvidno, da struktura tveganja deželnih bank ni manjša.

145 Treba je opozoriti, kot navaja tožeča stranka, da ni vprašanje, ali bi bilo na trgu mogoče prejeti sporni vložek kljub samo 60-odstotni rezervi delniškega kapitala, ampak ali je

zaradi tega sporni vložek glede profila tveganosti bolj podoben vložkom tihih družbenikov za določen čas ali delniškemu kapitalu in je zanj treba plačati višje nadomestilo.

146 V zvezi s tem je treba opozoriti, da je iz spisa razvidno, da so pred Sydneyjsko izjavo vložki tihih družbenikov v temeljnem kapitalu bank pomenili le majhen del. Šele na podlagi te izjave je oktobra 1998 postalo jasno, da lahko hibridni instrumenti lastniškega kapitala tudi čez mejo 15 % štejejo za temeljni kapital, pojasnjeni pa so bili tudi pogoji za to priznanje. Zato je mogoče sklepati, da se takrat, ko sta se stranki dokončno dogovorili glede spornega vložka – decembra 1998 – vpliv Sydneyjske izjave na delež temeljnega kapitala, pridobljen s hibridnimi instrumenti lastniškega kapitala, in torej na rezerve delniškega kapitala še ni pojavil na trgu.

147 Iz izpodbijane odločbe (točki 129 in 134 obrazložitve) pa je razvidno, da so v nadaljevanju zasebne in deželne banke povečale delež hibridnih instrumentov lastniškega kapitala v svojem temeljnem kapitalu, to povečanje pa je bilo še posebej močno pri deželnih bankah. Iz izpodbijane odločbe (točki 179 in 180 obrazložitve) je prav tako razvidno, da se za hibridne instrumente lastniškega kapitala, ki so jih banke prejemale po Sydneyjski izjavi in so izpolnjevali pogoje iz te izjave, da bi lahko spadali v temeljni kapital čez mejo 15 %, ni zahtevalo plačilo po veliko višji obrestni meri kot za prej prejete vložke tihih družbenikov. Nazadnje je iz izpodbijane odločbe (točka 134 obrazložitve) in iz odgovora Komisije na pisno vprašanje Splošnega sodišča razvidno, da so med vlagatelji, ki so tihi družbeniki deželnih bank, tudi zasebni vlagatelji, ki zaradi upoštevanja znižane rezerve delniškega kapitala teh bank za vložke niso zahtevali višjega nadomestila.

148 V teh okoliščinah na podlagi utemeljitev tožeče stranke ni mogoče šteti, da je zaradi nizke rezerve delniškega kapitala profil tveganosti spornega vložka z ekonomskega vidika podoben delniškemu kapitalu.

149 Ob upoštevanju navedenega ni treba preučiti očitkov tožeče stranke v zvezi s trditvijo Komisije, da so bili vlagatelji pri deželnih bankah prej pripravljeni sprejeti manjšo rezervo osnovnega kapitala zaradi njihove manjše strukture tveganosti. Razlogi, zaradi katerih bi bili namreč vlagatelji pri deželnih bankah prej pripravljeni sprejeti manjšo rezervo osnovnega kapitala, v obravnavanem primeru niso pomembni, saj je ugotovljeno, da manjša rezerva delniškega kapitala zasebnim vlagateljem ne preprečuje, da deželnim bankam dodelijo vložke tihih družbenikov, niti zaradi tega ne zahtevajo višjega nadomestila od nadomestila za vložke tihih družbenikov v banke z večjo rezervo delniškega kapitala.

– Trajnost vložka in nemožnost prenosa

150 Komisija je v izpodbijani odločbi menila, da zaradi trajnosti vložka in nemožnosti prenosa ni mogoče utemeljiti večje podobnosti nadomestila za sporni vložek z nadomestilom za delniški kapital kot z nadomestilom za vložke tihih družbenikov za določen čas in da je treba pomen te značilnosti upoštevati pri izračunu primernega nadomestila. Svojo presojo je utemeljila s tem, da trajnost pomeni predvsem tveganje, da vlagatelj ne bo mogel izkoristiti rasti tržne obrestne mere, ne vpliva pa na stopnjo tveganja izgube pri stečaju ali likvidaciji (točka 138 obrazložitve izpodbijane odločbe).

151 Tožeča stranka trdi, da dejavnik, ki povečuje profil tveganosti spornega vložka v primerjavi z vložki tihih družbenikov, ponujanih na trgu, ni njegova trajnost, ampak dejstvo, da Hessen ne more dvigniti vložka, ker ta ni zamenljiv, in da svojih pravic ne more prenesti na tretje osebe brez soglasja družbe Helaba. Nasprotno pa naj bi perpetuali, ponujani na trgu, kotirali na borzi, tako da bi lahko vlagatelj vložek kadar koli dvignil in ne bi bil zavezan banki za nedoločen čas. V repliki očita, da je Komisija,

po njenem mnenju, obravnavala trajnost in zamenljivost kot popolnoma nepovezana dejavnika, medtem ko je profil tveganosti spornega vložka posledica medsebojnega vplivanja teh dveh značilnosti, zaradi česar naj ne bi bilo mogoče, da Hessen dvigne vložek. Poleg tega nasprotuje trditvam Komisije, da zamenljivost ni izključena, ampak samo omejena.

152 Treba je ugotoviti, da so stranke na obravnavi v odgovor na vprašanje Splošnega sodišča potrdile, da obstajajo tihe družbe, sklenjene kot v obravnavanem primeru, neposredno med banko izdajateljico in vlagatelji, ki ne kotirajo na borzi. Iz tega je razvidno, da zamenljivost, ker vložek kotira na borzi, ni značilna za vse vložke tihih družbenikov, ki jih vpišejo zasebni vlagatelji. Iz spisa pa ni razvidno, da je treba za vložke, ki so dogovorjeni zunaj borze, plačati višje nadomestilo kot za tiste, ki kotirajo na borzi.

153 Vsekakor je treba opozoriti, da se sporni vložek glede tega razlikuje tudi od naložb v delniški kapital, saj kot je med upravnim postopkom za sprejetje izpodbijane odločbe (točka 68 obrazložitve izpodbijane odločbe) trdila tožeča stranka, lahko družbeniki, vsaj pri delniških družbah, kot so nemške banke, ki prejemajo vložke, na katere se sklicuje Komisija, svobodno vsak hip prodajo naložbo.

154 Iz tega je razvidno, da čeprav naložba Hessna ni zamenljiva in povečuje tveganje izgube pri stečaju ali likvidaciji v primerjavi z vložki tihih družbenikov, ta okoliščina sporni vložek loči tudi od naložb v delniški kapital bank, ki so prejele vložke, na katere se sklicuje Komisija, in ne pomeni, da je Komisija storila očitno napako pri presoji, ko je menila, da je bilo treba sporni vložek primerjati z drugimi vložki tihih družbenikov

na trgu, ne pa z delniškim kapitalom, ob tem pa – z uporabo potrebnih pribitkov, med katerimi je zlasti pribitek zaradi trajnosti – upoštevati njegove posebnosti.

Značilnosti spornega vložka, ki med upravnim postopkom niso bile navedene in niso bile obravnavane v izpodbijani odločbi

155 Tožeča stranka trdi, da sporni vložek vključuje veliko tveganje izgube nadomestila in tudi vloženih sredstev, in to celo ne glede na zgoraj obravnavana primera likvidacije ali stečaja. V zvezi s tem se sklicuje na dejstvo, da sporni vložek sodeluje v letnih izgubah družbe Helaba, in na tveganje Hessna, da pri letni izgubi družbe Helaba ne bo prejel nadomestila in ne bo mogel z izplačilom pridobiti nazaj vloženih sredstev.

156 V zvezi s sodelovanjem v letnih izgubah družbe Helaba tožeča stranka trdi, da sporni vložek v teh izgubah sodeluje z ekonomskega vidika enako kot delniški kapital, medtem ko vložek na podlagi členov 3(1) in 8(1) pogodbe v celoti sodeluje v morebitni letni izgubi družbe Helaba, in da morebitne izgube omejujejo pravico Hessna do izplačila pri dvigu. Dodaja, da je sodelovanje v izgubah značilnost vseh tihih družb in da ni upoštevno, saj je treba to okoliščino presojati v okviru vseh ekonomskih značilnosti spornega vložka. Poleg tega meni, da Hessen zaradi dejstva, da morajo biti na podlagi člena 4 pogodbe (klavzula pri izboljšanju stanja) pri izgubah morebitne poznejše koristi posvečene refinanciranju vložka, ni v boljšem položaju kot delničar, ker v primerjavi z njim ni upravičen do koristi od povečanja vrednosti podjetja.

157 V zvezi s tem je treba ugotoviti, da čeprav je res, da je sporni vložek zaradi sodelovanja v izgubah podoben delniškemu kapitalu, zaradi česar ga je BAKred priznal za temeljni

kapital družbe Helaba, ostaja dejstvo, da zaradi tega ni drugačen od drugih vložkov tihih družbenikov, ki prav tako spadajo v temeljni kapital.

158 Gotovo je res, da bi se v obravnavanem primeru vrednost vložka zaradi izgub družbe Helaba bolj zmanjšala kot vrednost vložkov, na katere se sklicuje Komisija. Vendar pa ta okoliščina, ker je posledica dejstva, da pomeni sporni vložek večji del temeljnega kapitala družbe Helaba kot drugi vložki v lastniški kapital bank izdajateljic, ni značilnost spornega vložka, ki bi bila drugačna od tiste o njegovem obsegu v primerjavi s celotnim temeljnim kapitalom družbe Helaba (glej točke od 136 do 149 zgoraj).

159 Glede klavzule pri izboljšanju stanja iz člena 4 pogodbe (glej točko 156 zgoraj) zadostuje ugotovitev, da čeprav ta klavzula – kot meni tožeča stranka – Hessnu morda ne daje nujno prednosti pred vlagatelji v delniški kapital, ker je vprašanje, katera naložba je ugodnejša, odvisno od okoliščin posameznega finančnega leta, je treba ugotoviti, da se po njej vlagatelji vsekakor razlikujejo in da sporni vložek bolj približa tihi družbi, ki lahko vključuje tako klavzulo, kot delniškemu kapitalu.

160 V teh okoliščinah sodelovanje spornega vložka v izgubah ne more šteti za dokaz, da je Komisija s tem, da je primerjala nadomestilo za sporni vložek z nadomestilom za vložke tihih družbenikov za določen čas, storila očitno napako pri presoji.

161 Tožeča stranka glede tveganja Hessna, da ne bo prejel nadomestila pri letni izgubi družbe Helaba, trdi, da pomeni nadomestilo, ki mora biti izplačano Hessnu, velik del dobička družbe Helaba in da je zato tveganje, da ga Hessen ne bo prejel, veliko. V zvezi s tem trdi, da je nadomestilo, ki mora biti izplačano Hessnu, pomenilo veliko večji del

dobička družbe Helaba v letu spornega vložka od dela, ki ga pomeni nadomestilo za vložke v zasebne banke, na katere se nanaša izpodbijana odločba, v dobičkih teh bank.

162 Tožeča stranka glede tveganja Hessna, da vloženega kapitala ne bo mogel pridobiti nazaj z dvigom, trdi, da glede na velikost deleža spornega vložka v temeljnem kapitalu družbe Helaba ta ne bo mogla nadomestiti vložka Hessna, ker njeni dobički ne bodo mogli doseči ob tej priložnosti izgubljenega temeljnega kapitala.

163 Treba je ugotoviti, da sta ti značilnosti spornega vložka posledica tega, da ta pomeni večji del temeljnega kapitala družbe Helaba od dela, ki ga pomenijo referenčne transakcije v temeljnem kapitalu bank. Kot je bilo že odločeno v zvezi s sodelovanjem v izgubah (glej točko 158 zgoraj), teh značilnosti ni treba obravnavati neodvisno. Poleg tega je treba glede dela, ki ga je nadomestilo Hessnu leta 1998 pomenilo v dobičku družbe Helaba, ugotoviti, prvič, da tožeča stranka ne upošteva dejstva, da je bilo v skladu s stopenjskim modelom družbi Helaba treba plačati celotni sporni vložek – razen dela, potrebnega za kritje dejavnosti pomoči za gradnjo stanovanj – po 1,4-odstotni obrestni meri šele od leta 2003, in drugič, da za primerjavo uporablja dobiček družbe Helaba pred davki v letu 1998, ne pa njenega letnega presežka pred davki, čeprav ni sporno, da ker je sporni vložek vložek tihega družbenika, nadomestilo zanj v skladu z nemško zakonodajo pomeni obratovalni strošek, ki se plača pred davki.

164 Iz tega je razvidno, da na podlagi trditev tožeče stranke glede tveganja Hessna, da pri letni izgubi družbe Helaba ne bo prejel nadomestila in da vloženega kapitala ne bo mogel pridobiti nazaj z dvigom, ni mogoče šteti, da je Komisija s tem, da je primerjala

nadomestilo za sporni vložek z nadomestilom za vložke tihih družbenikov za določen čas, storila očitno napako pri presoji.

Stanje na trgu ob vključitvi spornega vložka

165 Najprej tožeča stranka trdi, da je Komisija napačno uporabila kriterij zasebnega vlagatelja, ker pri ekonomski opredelitvi spornega vložka ni upoštevala časa njegove dodelitve, to je 31. december 1998.

166 V zvezi s tem trdi, da se Komisija v točki 129 obrazložitve izpodbijane odločbe sklicuje na prakso zasebnih bank, kot jo je opisala Zvezna republika Nemčija, kar je povzeto v točkah od 96 do 99 obrazložitve navedene odločbe. V teh točkah naj bi Komisija navedla, da je Zvezna republika Nemčija pojasnila, prvič, da je samo nekaj mesecev pred družbo Helaba družba Deutsche Bank dobila perpetual na kapitalskem trgu; drugič, da na trgu od leta 1999 ni več odločilno razlikovanje med finančnimi instrumenti za določen in nedoločen čas, in tretjič, da je trditev tožeče stranke, da so večje naložbe mogoče samo v delniški kapital, v nasprotju z velikostjo vložkov tihih družbenikov, ki so jih zasebne kreditne institucije prejemale na kapitalskem trgu med letoma 1998 in 1999 ter pozneje. Poleg tega je treba opozoriti, da so v razpredelnici iz točke 101 obrazložitve izpodbijane odločbe prikazani deleži, ki jih je med letoma 1998 in 2003 v temeljnem kapitalu treh zasebnih bank pomenil hibridni lastniški kapital. Trdi, da je Komisija s tem, da se je sklicevala na prakso nemških bank, kot jo je predstavila Zvezna republika Nemčija, svoje ugotovitve utemeljevala s podatki, ki so bili na voljo šele v letih po spornem vložku.

167 Tožeča stranka dodaja, da Hessen konec leta 1998 ni mogel predvideti poznejšega razvoja na kapitalskem trgu v zvezi z vložki tihih družbenikov in s perpetuali. Trdi, da je morala zato Komisija pri ekonomski opredelitvi spornega vložka upoštevati le

stanje na trgu leta 1998, ne pa poznejšega razvoja na kapitalskem trgu, ki ob prenosu spornega vložka ni bil znan.

168 Treba je spomniti, da je treba skladno s sodno prakso dejanja javnih in zasebnih vlagateljev primerjati glede na to, kako bi ob sporni transakciji ob upoštevanju podatkov, ki so bili na voljo, in v tistem trenutku predvidljivega razvoja ravnal zasebni vlagatelj (sodba Splošnega sodišča z dne 30. aprila 1998 v zadevi Cityflyer Express proti Komisiji, T-16/96, Recueil, str. II-757, točka 76, in zgoraj v točki 7 navedena sodba WestLB, točka 246).

169 V obravnavanem primeru je najprej treba ugotoviti, da se Komisija v točki 129 obrazložitve izpodbijane odločbe sklicuje na prakso zasebnih bank samo, da bi utemeljila svojo razlago Sydneyjske izjave, po kateri ni mogoče šteti, da inovativni trajni finančni instrumenti v nobenem primeru ne spadajo v temeljni kapital ali da tudi zanje velja omejitev 15 % temeljnega kapitala. Komisija se tako sklicuje na to prakso in navaja, da podpira možnost uporabe inovativnih trajnih finančnih instrumentov kot lastniškega kapitala čez mejo 15 %. Komisija zato ne temelji svoje presoje na transakcijah, poznejših od spornega vložka, ampak jih navaja samo v utemeljitev svoje razlage Sydneyjske izjave.

170 Vsekakor je treba ugotoviti, da tožeča stranka ne pojasnjuje, zakaj Hessen in družba Helaba ob dogovoru o spornem vložku nista mogla predvideti razvoja trga po Sydneyjski izjavi. To pojasnilo je še toliko potrebnejše, ker je iz izpodbijane odločbe razvidno, da je navedeni razvoj trga potrdil ugotovitev strank glede spornega vložka, po kateri na eni strani za perpetuale ni bilo treba plačevati nadomestila glede na delniški

kapital, na drugi strani pa velikost rezerve delniškega kapitala ni vplivala na višino nadomestila.

171 Dalje tožeča stranka nasprotuje domnevi, da je v Nemčiji ob spornem vložku obstajal razvit trg hibridnih instrumentov lastniškega kapitala, na katerem bi lahko družba Helaba dobila vložek, kot je sporni. Tako trdi, da perpetuala brez klavzule step-up, kakršen je sporni vložek, leta 1998 ne bi bilo mogoče prejeti od institucionalnih vlagateljev, kot je Hessen. Šele od leta 2004 bi se institucionalni vlagatelji strinjali z dodelitvijo takih perpetualov. Poleg tega naj bi bili perpetuali manjšega obsega in naj bi kotirali na borzi. Dalje, spornega vložka naj pozneje zaradi njegove velikosti ne bi bilo mogoče prejeti, ker ga je dodelil samo en vlagatelj in ga v celoti priznal za temeljni kapital, in sicer kot kapital družbe Helaba in ne skupine, ki ji pripada.

172 Tožeča stranka trdi, da je Komisija spregledala to okoliščino, ko je trdila, da bi lahko družba Helaba kapital pridobila v več manjših delih. V zvezi s tem med drugim trdi, da s to trditvijo krši merilo zasebnega vlagatelja, saj upošteva ravnanje vlagatelja v drugačnem položaju, kot je ta, v katerem je Hessen, in obrnitev prioritet, tako da temelji na alternativah, ki bi jih v prihodnosti imela družba Helaba, in ne na vprašanju, ali bi zasebni vlagatelj družbi Helaba dodelil enak vložek ob enakih pogojih. Zato meni, da bi Komisija zaradi nerazvitosti trga hibridnih instrumentov temeljnega lastniškega kapitala v Nemčiji morala šteti, da bi lahko družba Helaba primerljivo količino temeljnega kapitala na trgu dobila samo v obliki delniškega kapitala.

173 Treba je ugotoviti, da tožeča stranka temu, da se je Komisija v točki 137 obrazložitve izpodbijane odločbe sklicevala na obstoj perpetuala brez klavzule step-up, ki je bil izdan leta 1987 in so ga dodelili institucionalni vlagatelji, ne nasprotuje neposredno

in ne navaja utemeljitev za to, da Komisija s tem elementom ni mogla utemeljiti svoje presoje. Tako čeprav trdi, da je prvi perpetual brez klavzule step-up, ki so ga dodelili nemški institucionalni vlagatelji, iz leta 2004 in da je prva tovrstna izdaja nemške banke iz leta 2005, ti trditvi ne zadostujeta kot dokaz, da je Komisija storila očitno napako pri presoji, ker se je pri zavrnitvi utemeljitve – da institucionalni vlagatelji ne bi bili pripravljeni dodeliti perpetuala brez klavzule step-up, tako da je sporni vložek zaradi njegove trajnosti mogoče primerjati samo z delniškim kapitalom – sklicevala na transakcijo, navedeno v točki 137 obrazložitve izpodbijane odločbe.

174 Glede razlik med spornim vložkom in vložki tihih družbenikov na trgu tožeča stranka navaja, da je treba ugotoviti, da se te ujemajo z utemeljitvami, ki so že bile preučene in zavrnjene.

175 Glede trditve tožeče stranke, da je Komisija kršila merilo zasebnega vlagatelja, ko je trdila, da bi lahko družba Helaba kapital pridobila v več manjših delih, je treba spomniti, da čeprav je res, da merilo zasebnega vlagatelja zahteva presojo, ali bi tak vlagatelj zadevno transakcijo opravil pod istimi pogoji, je res tudi, da je v skladu s sodno prakso, navedeno v točkah 35 in 36 zgoraj, namen nadzora Skupnosti nad državnimi pomočmi ugotoviti, ali je podjetje, ki je prejemnik, pridobilo gospodarsko korist, ki je v običajnih tržnih razmerah ne bi dobilo, in da glede na ta namen ni mogoče šteti, da je treba upoštevati le vlagateljev vidik. Zato tožeča stranka ne more trditi, da vprašanje, ali bi lahko družba Helaba na trgu pridobila enako korist po isti ceni, ni pomembno, čeprav je to vprašanje bistveno za ugotovitev izida pogajanj med družbo Helaba in hipotetičnim zasebnim vlagateljem na mestu Hessna.

176 V teh okoliščinah je treba zavrniti očitke tožeče stranke glede uporabe napačnega referenčnega obdobja in napačne presoje stanja na trgu ob vključitvi spornega vložka.

Sklep o opredelitvi spornega vložka kot vložka tihega družbenika

177 Ni sporno, da je sporni vložek poseben instrument, ki ne ustreza popolnoma ne vložkom tihih družbenikov na trgu – ali za določen ali nedoločen čas – ne delniškemu kapitalu.

178 Iz zgornjih preučitev pa je vendarle razvidno, da je sporni vložek podoben vložkom tihih družbenikov za določen čas, ki spadajo v temeljni kapital, zaradi teh značilnosti: vrstnega reda pri likvidaciji ali stečaju, in to tako v primerjavi z upniki banke kot z lastniki; dejstva, da obstaja obveznost plačila letnega nadomestila, katerega višina je določena v pogodbi; dejstvo, da se nadomestilo zadrži pri letni izgubi, da pomeni edino korist, ki jo ima vlagatelj od svojega vložka, če ne sodeluje pri povečanju vrednosti podjetja, in da ima družba Helaba obveznost izplačati nadomestila v letih, ki sledijo letu ali letom, v katerih nadomestilo ni bilo izplačano; dejstvo, da sodeluje v letnih izgubah banke, in obstoj klavzule pri izboljšanju stanju pri zmanjšanju vrednosti vložka zaradi izgub.

179 Po drugi strani pa se razlikuje od vložkov tihih družbenikov za določen čas, ki spadajo v temeljni kapital, in je podoben delniškemu kapitalu, ker je trajen in je bil zaradi tega lahko priznan kot temeljni kapital čez mejo 15 % ter ker pomeni zelo velik del temeljnega kapitala in je bil priznan kot temeljni kapital družbe Helaba in ne skupine, ki ji pripada.

180 Nazadnje, razlikuje se tako od večine vložkov tihih družbenikov za določen čas, ki spadajo v temeljni kapital, kot od delniškega kapitala zasebnih bank, ki so prejele vložke, ki jih je Komisija uporabila za primerjavo, po tem, da naložba Hessna ni zamenljiva oziroma je zelo omejeno zamenljiva. Poleg tega se razlikuje od vložkov

tihih družbenikov, na katere se je sklicevala Komisija, in od velikega števila naložb v delniški kapital po tem, da ima Hessen na voljo zelo velik del lastniškega kapitala banke.

181 Iz tega je razvidno, da sta edini značilnosti spornega vložka, po katerih se razlikuje od vložkov tihih družbenikov za določen čas in je hkrati podoben delniškemu kapitalu, njegova trajnost in dejstvo, da pomeni več kot 15 % temeljnega kapitala družbe Helaba. Iz zgornjih preučitev pa je razvidno, da tožeča stranka na eni strani ni dokazala, da je zaradi teh značilnosti perpetualov tržno nadomestilo bolj podobno nadomestilu za delniški kapital kot tistemu za vložke tihih družbenikov za določen čas, na drugi strani pa, da ni razlogov za ugotovitev, da Hessen in družba Helaba nista mogla predvideti takega razvoja.

182 Iz vsega navedenega sledi, da na podlagi trditev tožeče stranke ni mogoče šteti, da je Komisija s tem, da je v okviru celovite presoje značilnosti spornega vložka menila, da je bil ta bolj podoben vložku tihega družbenika kot delniškemu kapitalu in da bi bilo zato nadomestilo zanj treba primerjati z nadomestilom za vložke tihih družbenikov za določen čas z običajnim obsegom na trgu, h kateremu je treba po potrebi dodati pribitek, storila očitno napako pri presoji.

4. *Primerjava nadomestila za sporni vložek z nadomestilom za jamstvo, ki se zahteva na trgu*

183 Tožeča stranka glede primerjave nadomestila za sporni vložek z nadomestilom za jamstvo, ki se zahteva na trgu, nasprotuje ugotovitvam Komisije glede upoštevanja dodatnega stroška zaradi obratovalnega davka, ki ga mora družba Helaba plačati zaradi spornega vložka, glede primerjave osnovnega nadomestila, dogovorjenega

med Hessnom in družbo Helaba, z nadomestilom za osnovno jamstvo na trgu in glede primerjave pribitka za trajnost, dogovorjenega v obravnavanem primeru, s pribitkom za trajnost, ki se zahteva na trgu.

a) Upoštevanje obratovalnega davka

Izpodbijana odločba

184 Komisija je menila, da je bilo treba pri primerjavi nadomestila za sporni vložek s tržnim nadomestilom upoštevati učinek obratovalnega davka, ki obremenjuje sporni vložek, ki bi v obravnavanem primeru znašal 0,26 % letno. V zvezi s tem je navedla, da čeprav so morali ta davek plačevati institucionalni vlagatelji, ki opravljajo dejavnost v Nemčiji, ki bi zaradi tega zahtevali večje nadomestilo, ga je morala v obravnavanem primeru plačevati družba Helaba, saj Hessen ni davčni zavezanec. Komisija je tako štela, da celotni strošek družbe Helaba, ki ga je bilo treba primerjati z razponom nadomestil na trgu ni bil enak nadomestilu 1,4 %, dogovorjenemu med strankami, ampak 1,66 % (točke od 156 do 159 obrazložitve izpodbijane odločbe).

Trditve strank

185 Tožeča stranka graja to ugotovitev in trdi, da vlagatelji pri pričakovanjih glede donosa ne upoštevajo davčnega položaja prejemnika naložbe in da Komisija ni ugotovila, da bi lahko prejemnik na trgu prevzel celotno davčno obremenitev vlagatelja. Trdi, da ni nobene razlike med zneski nadomestila, plačanega različnim vlagateljem za

enak vložek, čeprav domači vlagatelji, ki se ne ukvarjajo z industrijsko ali s trgovsko dejavnostjo, in tuji vlagatelji niso zavezanci obratovalnega davka, kadar so tihi družbeniki in so torej v enakem položaju kot Hessen.

186 Tožeča stranka dodaja, da vsekakor dodatni strošek, ki ga mora nositi družba Helaba, ni enak stopnji obratovalnega davka, ampak je precej nižji, saj navedeni davek za družbo Helaba pomeni obratovalni strošek in zato znižuje obdavčljivi dobiček. Tako bi po plačilu davka od dobička (takrat v Nemčiji 40 %) in solidarnostnega davka (5,5 %) dodatni strošek znašal le 0,15 %.

187 Komisija in intervenientke tem trditvam nasprotujejo.

Presoja Splošnega sodišča

188 Najprej je treba glede potrebe po upoštevanju učinka obratovalnega davka na stroške družbe Helaba v zvezi s spornim vložkom ugotoviti, da tožeča stranka ne zanika, da mora družba Helaba ta davek plačati, ker Hessen ni zavezanec. Trdi pa, da tudi nekateri drugi vlagatelji niso zavezanci in da to ne spreminja višine plačanega nadomestila, vendar sta Zvezna republika Nemčija in družba Helaba na obravnavi zatrdili, da čeprav morajo banke načeloma plačati obratovalni davek za nadomestila, ki jih plačajo vlagateljem brez sedeža v Nemčiji ali vlagateljem, ki se ne ukvarjajo z industrijsko ali s trgovsko dejavnostjo, vseeno niti banke niti nemške oblasti ne poznajo vlagateljev, ki imajo pravice na vložkih tihih družbenikov, in zato banke ne plačujejo obratovalnega davka za plačana nadomestila, čeprav je del teh nadomestil plačan vlagateljem, ki niso zavezanci.

189 Ker razlogovanje Komisije ne temelji na dejstvu, da Hessnu ni treba plačati davka, ampak na dejstvu, da družba Helaba s tem nosi strošek, ki ji ga, če bi vložek dodelil zasebni vlagatelj na trgu, ne bi bilo treba nositi, je treba opozoriti, da zato, ker banke v praksi ne plačujejo obratovalnega davka, ki ustreza nadomestilom, izplačanim vlagateljem, ki nimajo sedeža v Nemčiji ali se ne ukvarjajo z industrijsko ali s trgovsko dejavnostjo, trditev tožeče stranke ni upoštevna. V obravnavanem primeru mora namreč družba Helaba v nasprotju z drugimi vložki tihih družbenikov na trgu nositi dodatni strošek zaradi plačila obratovalnega davka. Čeprav za Hessen ne pomeni višjega nadomestila, je treba ta strošek upoštevati pri presoji, ali ima družba Helaba zaradi spornega vložka vsaj enak strošek, kot ga imajo banke, ki so prejele vložke tihih družbenikov na trgu, in torej, ali je bila deležna ugodnosti.

190 V teh okoliščinah je treba šteti, da tožeča stranka ni dokazala, da je Komisija s tem, da je upoštevala učinek obratovalnega davka na celotne stroške, ki jih je zaradi spornega vložka imela družba Helaba, storila očitno napako pri presoji.

191 Dalje je glede izračuna dejanskih stroškov družbe Helaba treba opozoriti, da v obravnavanem primeru ni pomembno, kolikšen je končni strošek po davkih, ki ga zaradi spornega vložka nosi družba Helaba, ampak je treba ta strošek primerjati s tistim, ki bi ga imela, če bi ji zasebni vlagatelj dodelil vložek za določen čas. Zato se lahko primerjava stroškov enega ali drugega vložka opravi pred davki ali po njih, ob pogoju, da se navedeni stroški obravnavajo ob istem času. Ker pa Komisija v izpodbijani odločbi upošteva strošek vložkov tihih družbenikov pred davki, ki ga uporablja za primerjavo, je treba tudi strošek zaradi obratovalnega davka upoštevati pred davki (glej v tem smislu zgoraj v točki 7 navedeno sodbo WestLB, točka 384).

192 Torej tožeča stranka ni dokazala, da je Komisija s tem, da je štela, da je strošek zaradi plačila obratovalnega davka, ki ga je treba upoštevati pri primerjavi nadomestila za

sporni vložek z nadomestilom za vložke na trgu, strošek pred davki, storila očitno napako pri presoji.

b) Primerjava osnovnega nadomestila z osnovnim nadomestilom za jamstvo, ki se zahteva na trgu

Izpodbijana odločba

193 Komisija navaja, da je iz preučitve desetih transakcij, ki jih je navedla Zvezna republika Nemčija, iz točke 164 obrazložitve izpodbijane odločbe razviden razpon nadomestil za jamstvo od 0,75 do 1,6 % letno (točki 162 in 163 ter točke od 165 do 167 obrazložitve izpodbijane odločbe).

194 Komisija dalje preučuje nekatere značilnosti spornega vložka, ki bi lahko vplivale na višino nadomestila. V zvezi s tem meni, da ni mogoče uporabiti ne pribitka zaradi velikosti transakcije ne odbitka zaradi ocene družbe Helaba. Vendar pa meni da je treba zaradi znižane rezerve delniškega kapitala sklepati, da zasebni vlagatelj ne bi sprejel nadomestila za osnovno jamstvo v spodnjem območju tržnega razpona (točke 168,169, 171 in 172 obrazložitve izpodbijane odločbe).

195 Komisija na podlagi tega ugotavlja, da ker je bil strošek družbe Helaba zaradi spornega vložka v tržnem razponu med srednjim in zgornjim območjem, ni bilo mogoče ugotoviti obstoja ugodnosti za družbo Helaba in s tem državne pomoči (točka 172 obrazložitve izpodbijane odločbe).

Trditve strank

196 Na prvem mestu tožeča stranka opozarja, da je treba sporni vložek zaradi njegovega profila tveganosti primerjati z naložbo v delniški kapital in ne z vložkom tihega družbenika za določen čas, in trdi, da zato izračun Komisije, ki temelji na tržnem razponu, določenem glede na nadomestila za jamstvo za vložke tihih družbenikov za določen čas, ni pravilen. Poleg tega naj bi Komisija, ker je napačno primerjala sporni vložek z vložki tihih družbenikov, pozabila upoštevati dejstvo, da bi bili – poleg pribitka, ki ga je bilo treba uporabiti zaradi upoštevanja trajnosti spornega vložka – za upoštevanje finančnega položaja družbe Helaba, neobstoja publicitete in nižjih transakcijskih stroškov potrebni še drugi pribitki.

197 Na drugem mestu tožeča stranka graja način, na katerega je Komisija izračunala nadomestilo za osnovno jamstvo.

198 Trdi, da Komisija ni presojala zneska nadomestila za osnovno jamstvo glede na stanje in okoliščine na trgu na koncu leta 1998, ampak glede na poznejše transakcije.

199 Trdi tudi, da bi zaradi razlik med spornim vložkom in referenčnimi transakcijami moralo biti nadomestilo za sporni vložek nad tržnim razponom nadomestila za osnovno jamstvo, ki je bilo določeno glede na referenčne transakcije. Meni, da ne samo da Komisija ni pravilno preučila razlik med spornim vložkom in referenčnimi transakcijami, ampak da tudi ni preučila drugih pomembnih razlik.

200 Tožeča stranka glede razlik, ki jih je Komisija preučila, in sicer obsega spornega vložka, velikosti rezerve delniškega kapitala in ocene družbe Helaba, trdi, da bi moral zaradi

vseh teh elementov obstajati pribitek na nadomestilo za osnovno jamstvo v primerjavi z referenčnimi transakcijami. Glede razlik med spornim vložkom in referenčnimi transakcijami, ki jih Komisija ni preučila in bi bilo treba zaradi njih povečati nadomestilo za osnovno jamstvo, tožeča stranka navaja, da je ves sporni vložek dodelil en vlagatelj in da sporni vložek ni zamenljiv, tako da Hessen spornega vložka ne more umakniti iz družbe Helaba.

201 Nazadnje tožeča stranka trdi, da vložek družbe Dresdner Bank v višini milijarde USD, naveden med referenčnimi transakcijami v izpodbijani odločbi, dokazuje, da bi moralo biti nadomestilo za sporni vložek nad referenčnim razponom, saj je bil ta vložek, po mnenju tožeče stranke, kljub precej nižjemu profilu tveganosti poplačan po višji obrestni meri kot sporni vložek.

202 Komisija in intervenientke tem trditvam nasprotujejo.

Presoja Splošnega sodišča

203 Na prvem mestu, glede trditve tožeče stranke, da razpon, ki ga je uporabila Komisija, ni pravilen, ker je temeljil na transakcijah, ki niso primerljive s spornim vložkom, zadostuje ugotovitev, da je iz preučitve glede opredelitve spornega vložka razvidno, da Komisija ni storila očitne napake pri presoji, ko je štela, da je ta bolj podoben vložkom tihih družbenikov kot delniškemu kapitalu (glej točko 181 zgoraj).

204 Na drugem mestu, glede presoje skladnosti osnovnega nadomestila za sporni vložek s trgom, ki jo je opravila Komisija, je treba takoj zavreči trditev tožeče stranke, da

ugotovitve Komisije niso temeljile na okoliščinah na trgu ob spornem vložku. Treba je namreč ugotoviti, da je tudi brez upoštevanja petih transakcij iz leta 1999, na katere se je sklicevala Komisija, iz preučitve preostalih transakcij razvidno, da se tržni razpon, kot ga je opredelila Komisija, in sicer od 75 do 160 bazičnih točk, ne spremeni, saj sta transakciji na zgornji (vložek družbe Bayerische Hypo- und Vereinsbank v višini 1,2 milijarde DEM) in spodnji meji (druga tranša vložka v višini 700 milijonov USD v družbo Deutsche Bank) navedenega razpona iz leta 1998. Glede navedbe tožeče stranke, da ta vložka vendarle nista primerljiva s spornim, ker sta za določen čas, je treba spomniti, da ta značilnost ne preprečuje vsakršne primerjave.

205 Nato je treba preučiti vsakega izmed osmih dejavnikov, zaradi katerih tožeča stranka meni, da bi bilo treba uporabiti pribitek na tržni razpon nadomestila za osnovno jamstvo, in ki jih je Komisija ali napačno presojala ali jih ni upoštevala.

206 Prvič, glede finančnega položaja družbe Helaba tožeča stranka trdi, da je bil dobiček družbe Helaba v letu 1998 relativno nizek v primerjavi z zneskom nadomestila, ki ga je bilo treba plačati Hessnu, tako da je obstajala nevarnost, da ta ne bo zadostoval za plačilo dogovorjenega nadomestila. Dodaja, da so bili drugi finančni kazalniki družbe Helaba (donosnost lastniškega kapitala, razdelitev dobička, delež temeljnega kapitala) med letoma 1984 in 1994 stalno slabši od tistih v zasebnih bankah.

207 V zvezi s tem je treba ugotoviti, da tožeča stranka s trditvijo o domnevno nižjih dobičkih družbe Helaba v primerjavi z zneskom nadomestila ponavlja trditev o tveganju izgube nadomestila, opisano v točki 161 zgoraj. Vendar kot je bilo ugotovljeno v točki 163 zgoraj, na podlagi primerjave tožeče stranke med nadomestilom, ki ga je morala družba Helaba plačevati od leta 2003, in dobičkom leta 1998 ni mogoče ugotoviti posebnega tveganja izgube nadomestila. Glede trditve, da so bili drugi izkazi

družbe Helaba slabši od izkazov velikih zasebnih bank, zadostuje ugotovitev, da čeprav je bil sporni vložek dogovorjen in vključen v družbo Helaba konec leta 1998, se tožeča stranka sklicuje na podatke med letoma 1984 in 1994. V teh okoliščinah je treba ugotoviti, da na podlagi trditev tožeče stranke ni mogoče šteti, da je Komisija storila očitno napako pri presoji, ko ni menila, da bi moralo biti nadomestilo zaradi finančnega položaja družbe Helaba višje od dogovorjenega.

208 Drugič, glede tega, da večinoma ni bilo publicitete, saj je družba Helaba sporni vložek prejela od enega vlagatelja, tožeča stranka trdi, da se je škodljivim učinkom publicitete pri težavah ali spremembah v zvezi z vložkom v obravnavanem primeru mogoče izogniti ali jih vsaj obvladati. Trdi, da bi zasebni vlagatelj zaradi te ugodnosti zahteval pribitek na nadomestilo za osnovno jamstvo.

209 Treba je ugotoviti, da ta jedrnata izjava tožeče stranke ne more zadostovati kot dokaz, da se zaradi navedene okoliščine na trgu dejansko zahteva pribitek na nadomestilo za osnovno jamstvo in da je zato Komisija storila očitno napako pri presoji, ker v obravnavanem primeru ni upoštevala takega pribitka. Poleg tega, medtem ko je zlasti iz sklicevanja strank na vložek neke zavarovalnice kot tihega družbenika razvidno, da lahko tudi zasebni vlagatelji dodelijo ves vložek tihega družbenika, tožeča stranka ne navaja ničesar, kar bi omogočalo ugotovitev, da bi se tak pribitek dejansko zahteval na trgu.

210 Poleg tega, kot je priznala tudi tožeča stranka, dejstvo, da je sporni vložek dodelil samo en vlagatelj, družbi Helaba ne omogoča izognitve vsakršne publicitete. Družba Helaba Hessnu namreč ne more preprečiti, da se opozori na morebitne težave ali spremembe v zvezi z vložkom, zlasti ker se lahko o teh vprašanjih javno razpravlja v Hessischer Landtagu (parlament Hessna), kot se je razpravljalo tudi ob začetni dodelitvi spornega vložka.

211 Tretjič, glede domnevno nižjih transakcijskih stroškov družbe Helaba tožeča stranka trdi, da je družba Helaba, ker je vložek prejela od enega vlagatelja, precej prihranila pri stroških izdaje in upravljanja ter uporabe vložka. Trdi, da bi zasebni vlagatelj tudi zaradi te ugodnosti zahteval pribitek na nadomestilo za osnovno jamstvo.

212 Treba je ugotoviti, da ta neutemeljena trditev tožeče stranke ne dokazuje, da bi se zaradi navedene okoliščine na trgu zahteval pribitek na nadomestilo za osnovno jamstvo. Poleg tega Hessen trdi, da je tudi sam precej prihranil pri stroških, ker je v družbo Helaba vložil ves posebni sklad, namesto da bi sporni vložek razdelil med več bank, in da zato pribitek ni utemeljen. V teh okoliščinah tudi na podlagi te trditve ni mogoče šteti, da je Komisija storila očitno napako pri presoji, ker ni ugotovila, da je treba zaradi tega zahtevati pribitek na nadomestilo.

213 Četrtič, glede velikosti transakcije tožeča stranka graja ugotovitev Komisije, da zato, ker je obseg spornega vložka precej večji od vložkov, s katerimi jih je primerjala, ni treba plačati pribitka, saj je sporni vložek zaradi stopenjskega modela enak petim zaporednim manjšim vložkom. Dodaja, da je ugotovitev Komisije v nasprotju z utemeljitvami, ki jih je navedla v sodnem postopku, ki se je končal z zgoraj v točki 7 navedeno sodbo WestLB in v katerem je trdila, da bi vlagatelj v tržnem gospodarstvu, „kadar gre za neobičajno visoke zneske v praksi, zahteval povečanje donosa“.

214 Tožeča stranka tako ponavlja trditve, ki jih je navedla zoper sprejetje stopenjskega modela. Vendar pa je iz točke 131 zgoraj razvidno, da Komisija s tem, da je menila, da je sporni vložek glede izračuna primernega nadomestila za širitev konkurenčnih dejavnosti primerljiv s petimi manjšimi vložki tihega družbenika, ni storila očitne napake pri presoji.

215 Vsekakor je treba ugotoviti, da tudi brez upoštevanja stopenjskega modela iz preučitve transakcij, ki jih je upoštevala Komisija v točki 164 obrazložitve izpodbijane odločbe, ni razvidno, da je zaradi velikosti obvezen pribitek na nadomestilo za jamstvo. Tako je bilo za samo 50 milijonov DEM (približno 25 milijonov EUR) visok vložek v družbo SGZ-Bank (oktober 1998) določeno nadomestilo za jamstvo v višini 1,20 %, medtem ko je družba Deutsche Bank plačala le 0,75 % kot nadomestilo za jamstvo in 0,8 % za tranše svojega 700 milijonov USD visokega vložka (januar 1998).

216 Glede utemeljitve Komisije med sodnim postopkom, ki se je končal z zgoraj v točki 7 navedeno sodbo WestLB je treba samo spomniti, da je Splošno sodišče odločbo, obravnavano v tej zadevi, razglasilo za nično in da Komisija v odločbi WestLB iz leta 2004 ni več naložila pribitka zaradi velikosti transakcije, ki ga je pred tem poskušala utemeljiti.

217 V teh okoliščinah je treba šteti, da tožeča stranka ni dokazala, da je Komisija s tem, da ni menila, da bi moralo nadomestilo zaradi absolutne velikosti spornega vložka biti večje od dogovorjenega, storila očitno napako pri presoji.

218 Petič, glede rezerve delniškega kapitala tožeča stranka meni, da čeprav je Komisija v točki 169 obrazložitve izpodbijane odločbe menila, da se mora zaradi velikosti spornega vložka v primerjavi z delniškim kapitalom nadomestilo za ta vložek nahajati v zgornjem območju tržnega razpona za nadomestilo za osnovno jamstvo, bi morala upoštevati tudi dejstvo, da je ves vložek spadal v temeljni kapital čez mejo 15 % hibridnih instrumentov lastniškega kapitala, določeno v Sydneyjski izjavi, in to družbe Helaba in ne skupine, ki ji pripada.

219 Treba je ugotoviti, da ker je bil vložek zaradi svoje trajnosti v celoti lahko priznan kot temeljni kapital družbe Helaba, ni razloga, da bi se štelo, da okoliščina, na katero se

sklicuje tožeča stranka, pomeni drugačen pribitek od tistega, ki izhaja iz njegovega nedoločenega trajanja. Glede dejstva, da je sporni vložek priznan kot temeljni kapital družbe Helaba in ne skupine, ki ji pripada, je treba spomniti, da tožeča stranka navaja le, da tako priznanje družbi Helaba omogoča večjo prilagodljivost pri uporabi kapitala. Ob upoštevanju široke diskrecijske pravice Komisije pri določitvi tržnega nadomestila je treba ugotoviti, da ta navedba nikakor ne more dokazati obstoja očitne napake pri presoji Komisije.

220 Zato je treba ugotoviti, da na podlagi trditev tožeče stranke ni mogoče šteti, da je Komisija storila očitno napako pri presoji, ko ni menila, da bi moralo biti nadomestilo zaradi znižane rezerve delniškega kapitala višje od dogovorjenega.

221 Šestič, glede dolgoročne ocene kreditne sposobnosti družbe Helaba tožeča stranka graja ugotovitev Komisije iz točke 171 obrazložitve izpodbijane odločbe, po kateri bi zasebni vlagatelj menil, da tveganje izgube pri družbi Helaba primerljivo z naložbo v eno izmed velikih bank v zasebnem sektorju, navedenih v tej odločbi. V zvezi s tem trdi, da ni pojmljivo, da je navedena ocena, če se odmislijo državna jamstva, primerljiva z oceno velikih zasebnih bank, navedenih v izpodbijani odločbi, in da se zato referenčne transakcije lahko uporabijo za primerjavo brez vsakršne prilagoditve. Poleg tega trdi, da Komisija svoje ugotovitve ni obrazložila.

222 Treba je opozoriti, da tožeča stranka v podporo svoji trditvi, da ni pojmljivo, da je brez državnih jamstev dolgoročna ocena družbe Helaba primerljiva z oceno velikih zasebnih bank, navedenih v izpodbijani odločbi, navaja le, da če bi primerjali deleže družbe Helaba z deleži velikih zasebnih bank, bi „verjetno“ prejela slabšo oceno.

223 Poleg tega tožeča stranka ne izpodbija trditve Zvezne republike Nemčije, na katero se v izpodbijani odločbi (točka 171 obrazložitve) sklicuje Komisija, da najmanj pred letom 2001 ni obstajala nobena metoda izračuna dolgoročne ocene regionalnih bank brez upoštevanja obveznosti ohranitve dejavnosti in jamstev zaradi opravljanja javnih funkcij. Res je, da tožeča stranka v repliki trdi, da je bila brez upoštevanja navedenih državnih jamstev ocena družbe Helaba v letih 1998 in 1999 slabša od ocene velikih zasebnih bank, ter v zvezi s tem navaja notranjo oceno in oceno finančne trdnosti družbe Helaba in ju primerja z ocenami navedenih zasebnih bank v teh letih. Ker pa je iz dokumentacije, ki utemeljuje to trditev, razvidno, da se notranja ocena in ocena finančne trdnosti razlikujeta od dolgoročnih ocen, samo sklicevanje na te slabše ocene družbe Helaba brez drugih utemeljitev ne zadostuje za ugotovitev, da bi bila tudi njena dolgoročna ocena nujno slabša od velikih zasebnih bank, če bi bila določena brez upoštevanja državnih jamstev, ali da je ob koncu leta 1998 obstajal način za določitev take ocene za družbo Helaba.

224 V teh okoliščinah je treba šteti, da tožeča stranka ni dokazala, da je Komisija s tem, da je domnevala, da bi konec leta 1998, ko ni obstajala nobena metoda izračuna dolgoročne ocene regionalnih bank, ki ne bi upoštevala državnih jamstev, zasebni vlagatelj menil, da je tveganje izgube pri družbi Helaba primerljivo s tveganjem naložbe v večje zasebne banke, navedene v izpodbijani odločbi, storila očitno napako pri presoji.

225 Poleg tega je izpodbijana odločba glede tega dovolj obrazložena. Treba je namreč opozoriti, da namen ugotovitve Komisije, ki jo graja tožeča stranka, ni bil odreči primernost vsakršnemu pribitku na nadomestilo, ampak se nanaša na odbitek, ki ga je zaradi domnevno majhne tveganosti naložbe v družbo Helaba zaradi državnih jamstev zahtevala Zvezna republika Nemčija. Iz tega je razvidno, da je Komisija le navedla, zakaj izračun nadomestila ne bi smel temeljiti na dolgoročni oceni, ki jo je imela družba Helaba konec leta 1998, ni pa se poglobila v vprašanje glede njene natančne ocene brez državnih jamstev.

226 Sedmič, glede dejstva, da je ves vložek dodelil samo en vlagatelj, tožeča stranka trdi, da so bili v referenčnih transakcijah vložki tihih družbenikov dodeljeni s strani številnih vlagateljev, ki so večinoma vložili med 5 in 10 milijoni EUR ali pa izjemoma do 100 milijonov EUR. Trdi, da so, medtem ko je Hessen pridobil 40 % lastniškega kapitala družbe Helaba, nekateri posamezni vlagatelji iz referenčnih transakcij v lastniškem kapitalu zadevnih bank pomenili manj kot 1 %.

227 Tožeča stranka nasprotuje trditvi Komisije iz odgovora na tožbo, da razlikovanje glede na to, kolikšen delež je vložil posamezni vlagatelj, ne bi bilo utemeljeno v primerjavi s praksami na trgu konec leta 1998. V zvezi s tem trdi, da je ta trditev v nasprotju s sodno prakso Splošnega sodišča, ki je v zgoraj v točki 7 navedeni sodbi WestLB (točka 255) štelo, da želi zasebni vlagatelj „maksimirati svoj dobiček, vendar brez čezmernih tveganj v primerjavi z drugimi udeleženci na trgu“. Trdi, da v primerjavi z drugimi subjekti na trgu vlagatelj pri naložbah veliko bolj tvega kot edini vlagatelj, zlasti če je ves obseg izdaje precejšen, kot če – kot pri transakcijah zasebnih nemških bank, ki jih za primerjavo navaja Komisija – skupaj z drugimi udeleženci na trgu vloži veliko manjši delež izdaje, ki je poleg vsega še manjša.

228 Dodaja, da sporni vložek precej povečuje profil tveganosti portfelja Hessna zaradi njegove koncentracije tveganja na samo enega dolžnika. V zvezi s tem opozarja, da je razpršitev tveganja za podjetja splošno načelo obvladovanja tveganja, pravila previdnosti pri „velikih tveganjih“ pa temeljijo na načelu, da je koncentracija tveganja na samo enega dolžnika še posebej nevarna.

229 V zvezi s tem je treba opozoriti, da tudi če dodelitev celotnega vložka v višini 40 % lastniškega kapitala banke izdajateljice pomeni večje tveganje za vlagatelja kot vložki, ki pomenijo manj kot 1 % tega kapitala, je lahko pribitek na nadomestilo upravičen

samo, če to dejstvo za banko pomeni ugodnost, za katero je pripravljena plačati, ali če banka potrebuje sredstva, ki jih vlagatelj ponuja in jih ne more dobiti od drugih. Vendar če je povečano tveganje vlagatelja posledica odločitve, ki jo je sprejel iz svojih razlogov, ne glede na želje ali potrebe banke, bo ta zavrnila plačilo pribitka na nadomestilo in dobila sredstva od drugih vlagateljev (glej v tem smislu zgoraj v točki 7 navedeno sodbo WestLB, točka 320).

230 V obravnavanem primeru je povečanje tveganja Hessna, ker ima velik del lastniškega kapitala družbe Helaba, posledica njegove odločitve, da posebnega sklada ne bo razdelil zaradi pomanjkljivosti take delitve, ne pa interesov družbe Helaba, ki kot je bilo ugotovljeno (glej točke od 39 do 42 zgoraj), ni nujno potrebovala precejšnjega povečanja kapitala, da bi bila pripravljena sprejeti pribitek na nadomestilo.

231 Poleg tega ni nobenega razloga za domnevo, da družba Helaba ne bi mogla, po potrebi od več vlagateljev, na trgu priti do sredstev v višini spornega vložka, ob upoštevanju stopenjskega modela, pod pogoji, ki bi omogočali tudi njihovo priznanje kot temeljni kapital, in za nadomestilo za osnovno jamstvo v enaki višini, kot znaša obrestna mera, dogovorjena med Hessnom in družbo Helaba.

232 Zato čeprav velikost deleža Hessna v temeljnem kapitalu družbe Helaba zanj pomeni povečanje tveganja, ni očitno, da ta okoliščina pomeni ugodnost, za katero bi morala družba Helaba plačati pribitek. V teh okoliščinah je treba šteti, da Komisija ni storila očitne napake pri presoji, ko ni menila, da bi moralo biti nadomestilo višje od dogovorjenega, ker je sporni vložek dodelil samo en vlagatelj.

233 Osmič, glede nezamenljivosti spornega vložka oziroma njegove manjše zamenljivosti tožeča stranka trdi, da se po tem sporni vložek razlikuje od transakcij, ki jih je Komisija uporabila za primerjavo, saj Hessnu onemogoča dvig vložka.

234 V zvezi s tem je treba enako kot v točki 229 zgoraj opozoriti, da dejstvo, da eden od dejavnikov transakcije povzroči povečanje tveganja vlagatelja, ne utemeljuje povečanje nadomestila, razen če ta dejavnik za banko pomeni ugodnost ali če ta nujno potrebuje lastniški kapital.

235 Vendar v obravnavanem primeru nezamenljivost spornega vložka oziroma njegova manjša zamenljivost za družbo Helaba ne pomeni ugodnosti.

236 Iz spisa je namreč razvidno, da na trgu vložke tihih družbenikov dodeljujejo podjetja kot tihi družbeniki, ki na trgu pridobijo potrebna sredstva. Tako vlagatelji vložkov tihih družbenikov ne dodelijo banki izdajateljici neposredno, ampak po družbi posrednici. Ta pa kot tihi družbenik svojih pravic na vložku ne more prenesti brez soglasja banke izdajateljice.

237 V obravnavanem primeru Hessen, ki že ima na voljo naložbena sredstva, v transakciji deluje kot tihi družbenik namesto družbe posrednice. Iz tega je razvidno, da za družbo Helaba transakcija poteka enako kot pri vložkih na trgu in da ker sporni vložek ne kotira na borzi, nima dodatnih ugodnosti, saj so zanjo pomembne le značilnosti, zaradi katerih lahko vložek tudi čez mejo 15 % šteje za temeljni kapital in ki so za hibridne instrumente lastniškega kapitala določene s Sydneyjsko izjavo, in sicer trajnost, nemožnost tihega družbenika, da vložek dvigne, in klavzula step-up. V zvezi s tem je treba opozoriti, da je tožeča stranka na vprašanje Splošnega sodišča na obravnavi glede ugodnosti za družbo Helaba, ker sporni vložek ne kotira na

borzi, odgovorila, da ni mogoče vedeti, ali ta okoliščina dejansko pomeni ugodnost za družbo Helaba.

Ugotovitev o primerjavi osnovnega nadomestila z osnovnim nadomestilom za jamstvo, ki se zahteva na trgu

238 Iz vsega navedenega sledi, da je Komisija v okoliščinah v obravnavanem primeru brez očitnih napak pri presoji pravilno menila, da zasebni vlagatelj, ki je v primerljivem položaju kot Hessen, od družbe Helaba ne bi mogel dobiti višjega osnovnega nadomestila, kot je bilo dogovorjeno med strankama, saj dejavniki, ki povečujejo tveganje Hessna, izvirajo iz narave posebnega sklada in njegovih odločitev ter za družbo Helaba ne pomenijo ugodnosti v primerjavi s tem, kar bi lahko dobila na trgu. V teh okoliščinah Komisija ni storila očitne napake pri presoji, ko je menila, da celotni strošek v višini 1,43 % na podlagi osnovnega nadomestila za sporni vložek ob upoštevanju učinka obratovalnega davka za družbo Helaba ni pomenil ugodnosti, ki jih v tržnih razmerah ne bi mogla dobiti.

c) Primerjava pribitka za trajnost s pribitkom na nadomestilo za jamstvo, ki se zahteva na trgu

Izpodbijana odločba

239 Komisija je v izpodbijani odločbi ugotovila, da se sporni vložek od večine transakcij, na katere se je sklicevala Zvezna republika Nemčija, razlikuje po tem, da gre za perpetual, in menila, da je treba zaradi tega plačati pribitek na nadomestilo, saj za Hessen pomeni večje tveganje, da ne bo mogel slediti spremembam obrestne mere, za družbo

Helaba pa večjo gospodarsko vrednost, ker ji dovoljuje prekoračitev 15-odstotne meje, določene s Sydneyjsko izjavo (točki 173 in 174 obrazložitve izpodbijane odločbe).

240 Komisija navaja, da se pri oceni, ali je stopnja 0,23 %, ki ustreza pribitku za trajnost, dogovorjenem med strankama, povečana za ustrezen del obratovalnega davka, skladna s trgom, ne more ali pa se lahko le omejeno opira na tržne podatke iz časa transakcije, saj sta stranki ravnali kot neke vrste začetniki trga. Vendar pa trdi, da javnemu vlagatelju ali javni banki ni mogoče preprečiti, da se udejstvuje kot začetnik trga, in da je zato treba preučiti samo, ali je bila pri določanju pribitka za trajnost storjena očitna napaka pri ekonomski presoji, to je ali je morda temeljila na napačnih merilih presoje (točki 176 in 177 obrazložitve izpodbijane odločbe).

241 Trdi, da je bil ob upoštevanju omejenosti podatkov za leto spornega vložka in leto po njem izračun na podlagi primerjave med nadomestili za perpetual družbe Deutsche Bank in za vložek tihega družbenika družbe Dresdner Bank, ki ga je predlagala Zvezna republika Nemčija in izid katerega je bil pribitek v višini približno 0,29 %, verjeten. Za konec dodaja, da ni razloga za domnevo, da je upoštevna primerjalna stopnja 0,23 % letno za pribitek za trajnost pod tržnim razponom in da gre torej za prednost za družbo Helaba oziroma da je prejela državno pomoč (točki 182 in 183 obrazložitve izpodbijane odločbe).

Trditve strank

242 Tožeča stranka trdi, da je Komisija s tem, da je menila, da zaradi upoštevanja trajnosti spornega vložka ni bilo treba spreminjati referenčnega razpona, izračunanega na podlagi vložkov tihih družbenikov za določen čas, storila očitno napako pri presoji.

243 Na prvem mestu tožeča stranka trdi, da je Komisija storila napako, ko je menila, da sta Hessen in družba Helaba ravnala kot začetnika in da jima je bilo zato treba dati več svobode pri odločanju. V zvezi s tem trdi, da družba Helaba in Hessen nista ravnala kot začetnika, saj pozneje ni bila več opravljena nobena druga operacija z značilnostmi spornega vložka in predvsem ker sta stranki – kot je razvidno iz razprav v Hessischer Landtagu pred dodelitvijo spornega vložka – poskušali zvesto posnemati transakcije med drugimi zveznimi deželami in deželnimi bankami, Komisija pa je za nadomestila zanje menila, da vsebujejo elemente državnih pomoči.

244 Na drugem mestu tožeča stranka trdi, da Komisija pri presoji ni mogla upoštevati prepetualov med majem 1999 in decembrom 2003. V zvezi s tem trdi, da ker ni na voljo nobenih tržnih podatkov, Komisija ne more domnevati, da so okoliščine, ki bi jih zasebni vlagatelj upošteval med majem in julijem 1999 ali decembra 2003, obstajale konec leta 1998, saj dejanski razvoj evropskega kapitalskega trga dokazuje nasprotno. Meni, da je zato preslikava brez kakršne koli obrazložitve položaja konkurence v letu 1999 na 1998 očitna napaka.

245 Na tretjem mestu trdi, da vsekakor štiri transakcije – tri družbe Deutsche Bank in ena družbe Dresdner Bank – na katere se je pri izračunu pribitka za trajnost sklicevala Komisija, niso primerljive s spornim vložkom glede celotnega obsega in velikosti deleža posameznega vlagatelja, glede deleža različnih vložkov v temeljnem kapitalu bank izdajateljic, tega, ali spada v temeljni kapital banke ali skupine, in možnosti dviga vložka.

246 Na četrtem mestu trdi, da v nasprotju s tem, kar trdi Komisija, večji pribitek na nadomestilo za perpetual družbe Deutsche Bank v primerjavi z vložkom tihega družbenika družbe Dresdner Bank ne more biti utemeljen na podlagi boljše ocene perpetuala. Tožeča stranka je v odgovoru na vprašanje Splošnega sodišča, postavljeno na obravnavi, pojasnila, da je s to trditvijo želela pokazati, da zaradi slabše ocene perpetuala

družbe Deutsche Bank v primerjavi z oceno vložka tihega družbenika za določen čas družbe Dresdner Bank ni mogoče šteti, da bi bil pribitek za trajnost na trgu nižji od stopnje 0,29 %, izračunane na podlagi primerjave teh treh transakcij, saj na ocene vpliva veliko dejavnikov.

247 Komisija in intervenientke tem trditvam nasprotujejo.

Presoja Splošnega sodišča

248 Prvič, glede trditve tožeče stranke, da Hessen in družba Helaba nista ravnala kot začetnika, saj sta le posnemala prejšnje transakcije deželnih bank, je treba najprej ugotoviti, da kot poudarja družba Helaba, to glede na zapisnik seje odbora za gospodarstvo Hessischer Landtag z dne 2. decembra 1998, na katerega se sklicuje tožeča stranka, ni utemeljeno. Res je, da je iz tega dokumenta razvidno, da so bile navedene transakcije upoštevane, vendar pa je prav tako razvidno, da sta tudi Hessen in družba Helaba upoštevala dejstvo, da je Komisija uvedla postopke zoper te transakcije in da so razprave potekale zaradi dogovora o pogojih za sporni vložek. Nato glede trditve, da nobena transakcija, primerljiva s spornim vložkom, ni bila opravljena po tem, zadostuje napotitev na prejšnjo preučitev glede opredelitve spornega vložka in na upoštevanje njegovih posebnosti pri določitvi tržnega nadomestila.

249 Drugič, glede trditve tožeče stranke, da Komisija ne more upoštevati perpetualov med majem 1999 in decembrom 2003, je treba ugotoviti, da Komisija ni mogla nasprotovati pribitku za trajnost, dogovorjenem med Hessnom in družbo Helaba, brez dokazov za utemeljitev mnenja, da je bil ta pribitek nižji od tržnega. Zato je Komisija, da

bi našla te dokaze in strankam glede spornega vložka omejila manevrski prostor, preučila poznejši razvoj na trgu. V teh okoliščinah tožeča stranka z očitkom, s katerim želi preprečiti Komisiji, da uporabi podatke iz obdobja po spornem vložku, ne more dokazati, da je Komisija s tem, da je menila, da ni razlogov za ugotovitev, da pribitek za trajnost, dogovorjen med Hessnom in družbo Helaba, ni skladen s trgom, storila očitno napako pri presoji.

250 Vsekakor je treba ugotoviti, da trditev tožeče stranke, da se je obseg trga hibridnih instrumentov lastniškega kapitala precej povečal v letu 1999, ne zadostuje za dokaz, da je Komisija s tem, da je menila, da se lahko, ker ni bilo razloga za domnevo, da se pribitek na nadomestilo zaradi trajnosti vložka tihega družbenika močno spreminja s časom, sklicuje na transakcije, poznejše od spornega vložka, storila očitno napako pri presoji (točki 177 in 178 obrazložitve izpodbijane odločbe). Dejstvo, da se je obseg trga hibridnih instrumentov lastniškega kapitala precej povečal v letu 1999, ne pomeni, da je bil v nasprotju s tem, kar je v izpodbijani odločbi navedla Komisija, pribitek za trajnost v tem letu nižji, tako da bi bila ob uporabi podatkov iz tega obdobja ugotovitev Komisije izkrivljena. Poleg tega tožeča stranka ne pojasnjuje, zakaj naj bi povečanje obsega trga vplivalo na stopnjo pribitka za trajnost. Tožeča stranka dalje ne navaja utemeljitev za ugotovitev, da Hessen in družba Helaba decembra 1998 nista mogla pravilno izračunati zneska pribitka, ki bi ga pozneje določale druge banke.

251 Tretjič, glede očitka, da sporni vložek ni primerljiv s štirimi vložki, ki jih je navedla Komisija, tožeča stranka navaja trditve, ki jih je že večkrat navedla pri utemeljevanju – da je sporni vložek imel večji profil tveganosti, zaradi česar ne bi bil primerljivi z drugimi vložki tihih družbenikov – ki jih je Splošno sodišče zavrnilo.

252 Tožeča stranka trdi tudi, da dejstvo, da so vložki, ki jih je Komisija uporabila za primerjavo, kotirali na borzi, pomeni, da z vidika vlagatelja niso trajni in da je zato povečanje

tveganja izgube kapitala v primerjavi s finančnimi instrumenti določen čas, če sploh obstaja, zanemarljivo. Nasprotno, Hessen spornega vložka ne bi mogel dvigniti, zato pa bi moral pribitek za trajnost biti višji kot pri vložkih tihih družbenikov, ki kotirajo na borzi.

253 Vendar pa je treba v zvezi s tem opozoriti, da je razlika v stopnji zamenljivosti med vložki, ki jih je Komisija uporabila za primerjavo, in spornim vložkom ter zato v možnosti dviga, le posledica tega, da Hessen v nasprotju z vlagatelji v vložke tihih družbenikov, ki kotirajo na borzi, ni vložil likvidnega in torej zamenljivega premoženja, ampak posebni sklad, ki ga ni hotel prodati in za katerega je sprejel le plačilo v naravi. Poleg tega Hessnova nemožnost ali zelo omejena možnost dviga za družbo Helaba ne pomeni ugodnosti, ki bi jo zato morala plačati.

254 Zato je treba v obravnavanem primeru ugotoviti, da pri pogajanjih v običajnih tržnih razmerah ne bi bilo mogoče, da zasebni vlagatelj v enakem položaju kot Hessen ne bi upošteval dejstva, da je bila nemožnost ali omejena možnost dviga posledica njegove odločitve v zvezi z upravljanjem posebnega sklada in ne potreb družbe Helaba. Tako bi moral tak vlagatelj upoštevati vidik družbe Helaba in dejstvo, da ta ne bi bila pripravljena plačati višjega nadomestila zaradi te pomanjkljivosti, ki je posledica odločitve Hessna, njej pa to ne prinaša dodatnih ugodnosti.

255 Četrtič, glede trditve tožeče stranke, da zaradi slabše ocene perpetuala družbe Deutsche Bank v primerjavi z vložkom tihega družbenika za določen čas družbe Dresdner Bank ni mogoče zmanjšanje pribitka za trajnost, izračunanega s primerjanjem teh transakcij, je treba ugotoviti, da Komisija ni natančno upoštevala izračuna, ki ga je v zvezi s tem predlagala Zvezna republika Nemčija, ampak je samo navedla, da je verjeten. Poleg tega tožeča stranka s to trditvijo Komisiji preprečuje kakršno koli primerjavo s trgom v obravnavanem primeru, saj je nadomestilo za katero koli transakcijo

na trgu, kot je priznala na obravnavi, odvisno od številnih dejavnikov, katerih vpliv na končno nadomestilo je težko natančno izmeriti.

256 Vsekakor je treba opozoriti, da ker ugotovitev Komisije o pribitku za trajnost, dogovorjenem v obravnavanem primeru, ne temelji le na tem izračunu, ta trditev, tudi če bi bila utemeljena, ne more dokazati, da je ugotovitev vsebovala očitno napako. Komisija je namreč, kot je navedeno v točkah 240 in 241 zgoraj, upoštevala zlasti dejstvo, da sta Hessen in družba Helaba ravnala kot začetnika na trgu in, podredno, dejstvo, da na podlagi primerjave nadomestila za perpetuale, ki jih je navedla Zvezna republika Nemčija, ni bilo mogoče ugotoviti, da je bil razpon nadomestil za perpetuale višji od razpona vložkov tihih družbenikov za določen čas.

257 Iz vsega navedenega sledi, da je treba ugotoviti, da tožeča stranka ni dokazala, da je Komisija s tem, da je štela, da ni mogoče ugotoviti, da je upoštevna primerjalna stopnja 0,23 % letno za pribitek za trajnost pod tržnim razponom in da gre torej za prednost za družbo Helaba, ki je tako prejela državno pomoč, storila očitno napako pri presoji.

Ugotovitev glede skladnosti nadomestila za jamstvo s trgom

258 Iz navedenega je razvidno, da Komisija s tem, da je menila, da je strošek družbe Helaba zaradi spornega vložka ustrezal tržnemu nadomestilu za jamstvo v primerljivih transakcijah in zato za družbo Helaba ne pomeni ugodnosti, ki je v običajnih tržnih razmerah ne bi dobila, ni storila očitne napake pri presoji.

5. *Odbitek stroškov financiranja, ki jih ima družba Helaba zaradi nelikvidnosti vložka, od nadomestila s strani Komisije*

a) Izpodbijana odločba

259 Komisija navaja, da je imela družba Helaba, ker ji sporni vložek ni zagotovil likvidnosti, dodatne stroške refinanciranja – v primerjavi s stroški, ki jih ima banka, ki prejme likviden vložek –, saj je morala potem na trgu dobiti še likvidna sredstva, da bi lahko enako razširila svoje poslovanje (točka 184 obrazložitve izpodbijane odločbe). Zato meni, da družbi Helaba ni bilo treba plačati nadomestila za tveganje, ki mu je Hessen izpostavil svoja sredstva, oziroma da bi morala Hessnu plačati le nadomestilo za jamstvo, ki je višje od stopnje refinanciranja, ki se uporablja na medbančnem trgu (točki 162 in 187 obrazložitve izpodbijane odločbe).

260 V zvezi s tem zavrača trditev tožeče stranke, da je treba pri odbitku od nadomestila upoštevati samo stroške refinanciranja pred davki, in navaja, da v nasprotju z zadevo WestLB, na katero se sklicuje tožeča stranka, sporni vložek družbi Helaba ne prinaša dodatnega znižanja davka v primerjavi z znižanjem pri likvidnem vložku, kar bi upravičilo znižanje odbitka (točki 185 in 186 obrazložitve izpodbijane odločbe).

b) Trditve strank

261 Tožeča stranka trdi, da je izpodbijana odločba pomanjkljivo obrazložena in da je v nasprotju z merilom zasebnega vlagatelja.

262 Glede pomanjkljivosti obrazložitve navaja, da je odbitje celotne stopnje refinanciranja popolnoma v nasprotju s stališčem Komisije v odločbi o začetku formalnega postopka preiskave in tudi s sodno prakso Splošnega sodišča, in trdi, da bi morala Komisija v teh okoliščinah svojo odločbo še posebej skrbno obrazložiti. Trdi, da iz izpodbijane odločbe niso razvidna merila, na katera se je oprla Komisija, ko je menila, da je imela družba Helaba dejansko dodatne stroške refinanciranja do bruto obrestne mere refinanciranja, zakaj mora družba Helaba plačati samo nadomestilo za jamstvo višje od referenčne obrestne mere, ali mora nadomestilo za jamstvo temeljiti na bruto obrestni meri refinanciranja oziroma na obrestni meri Libor ali Euribor ali pa sta referenčna obrestna mera in Libor ista obrestna mera.

263 Tožeča stranka glede uporabe merila zasebnega vlagatelja trdi, da je Komisija s tem, da je menila, da mora družba Helaba plačati le za tveganje, ki mu Hessen izpostavlja svoj posebni sklad v obliki vložka tihega družbenika, napačno uporabila to merilo, prvič, ker je bila nelikvidnost že poplačana zaradi znižane vrednosti vključitve posebnega sklada; drugič, ker zasebni vlagatelj zaradi nelikvidnosti svoje naložbe ne bi sprejel nižjega nadomestila, in tretjič, ker je Splošno sodišče vsekakor že razsodilo, da bi zasebni vlagatelj sprejel le odbitek v višini dejanskih stroškov banke zaradi nelikvidnosti.

264 Komisija in intervenientke tem trditvam nasprotujejo.

c) Presoja Splošnega sodišča

265 Glede domnevne pomanjkljivosti obrazložitve je treba ugotoviti, da je iz točk od 184 do 187 obrazložitve izpodbijane odločbe razvidno, da je Komisija menila, da ima banka zaradi nelikvidnosti naložbe v temeljni kapital višje stroške od tistih v zvezi z likvidno naložbo, saj si mora na trgu priskrbeti likvidni znesek, enak vrednosti

naložbe. Banka bo torej sprejela naložbo samo, če dogovorjeno nadomestilo upošteva dodatne stroške zaradi nelikvidnosti naložbe in torej omogoča, da so stroški take naložbe enaki strošku naložbe o prenosu likvidnih sredstev.

266 Kadar so, kot pri vložkih tihih družbenikov, kakršen je sporni vložek, nadomestilo za vložek in tudi dodatni stroški plačani pred davki, Komisija meni, da stroška za likvidni in nelikvidni vložek ne moreta biti enaka, razen če se nadomestilo za vložek izračuna brez upoštevanja obrestne mere, ki je pri likvidnih vložkih tihih družbenikov namenjena za plačilo nadomestila za dodelitev likvidnih sredstev. Kadar pa je, kot v zadevi WestLB, nadomestilo za naložbo plačano po davkih, ker naložba ni imela oblike vložka tihe družbe, čeprav stroški refinanciranja vedno štejejo za obratovalne stroške in so plačani pred davki, se lahko upoštevajo samo čisti stroški refinanciranja, saj bi bila v nasprotnem primeru nelikvidna naložba za banko cenejša od likvidne. Komisija meni, da bi v tem primeru vlagatelj zahteval višje nadomestilo, da bi banki obračunal to ugodnost.

267 Treba je ugotoviti, da je Komisija zadostno pojasnila, vključno med drugim v zvezi z zadevo WestLB, zakaj je po njenem mnenju družba Helaba v obravnavanem primeru dejansko imela dodatne stroške refinanciranja do bruto obrestne mere refinanciranja v primerjavi z likvidnim vložkom tihega družbenika in zato, zakaj mora družba Helaba plačati le nadomestilo za jamstvo, ki presega referenčno obrestno mero. Poleg tega Komisiji ob upoštevanju te obrazložitve ni bilo treba pokazati, ali bi moralo nadomestilo za jamstvo temeljiti na bruto obrestni meri refinanciranja ali na obrestni meri Libor ali Euribor niti katera bi bila referenčna obrestna mera.

268 Trditve tožeče stranke glede utemeljenosti odbitka stroškov financiranja je treba obravnavati posebej.

Trditev, da je bila nelikvidnost že upoštevana pri znižani vrednosti vključitve

269 Tožeča stranka v zvezi s tem trdi, da čeprav je portfelj posojil iz posebnega sklada 31. decembra 1998 znašal približno 4 milijarde EUR, je znašal vložek tihega družbenika, vpisan na bilanci družbe Helaba, samo 1,264 milijarde EUR. Trdi, da je zaradi določitve dejanske vrednosti sporni vložek postal enak vsem vrstam sredstev, vključno z likvidnimi, v enakem znesku, zlasti če naj bi prinašal donos po običajni tržni obrestni meri. Na podlagi tega meni, da bi zasebni vlagatelj upošteval dohodke družbe Helaba zaradi povečanja vrednosti posebnega sklada in jih primerjal z morebitnimi stroški refinanciranja banke.

270 V zvezi s tem je treba opozoriti, da kot trdi Komisija, ocena vrednosti posebnega sklada na dan prenosa na družbo Helaba ni nikakor povezana z dodatnimi stroški, ki jih ima družba Helaba s spornim vložkom v primerjavi z likvidnim vložkom tihega družbenika. Neupoštevanje – pri ocenjevanju vrednosti posebnega sklada – pomanjkljivosti, ki jo družbi Helaba prinaša nelikvidnost, in stroškov refinanciranja, potrebnih za maksimalno širitev njene dejavnosti, je jasno razvidno iz tega, da te ocene nista opravili samo stranki spornega vložka, ampak tudi BAKred, in to da bi se ugotovilo, katero vrednost je treba vpisati na bilanco kot temeljni kapital družbe Helaba. Ta vrednost, izračunana za zaščito preostalih upnikov, je tako neodvisno od odločitve družbe Helaba, ali bo dejansko maksimalno razširila svojo dejavnost ali ne, enaka. Ta vrednost je torej objektivna in ni odvisna od uporabe posebnega sklada. Prav tako bi bila ista, če bi bil sklad prodan zasebnemu podjetju ali javnemu organu, ki bi želel preprosto nadaljevati dejavnost posebnega sklada in zato ne bi potreboval likvidnih sredstev v višini vrednosti sklada.

271 Poleg tega strokovno poročilo, ki ga je med upravnim postopkom v zadevi WestLB naročila Komisija, potrjuje to ugotovitev. Primer, ki je naveden v tem poročilu, glede prodaje – s strani javnih organov Združenega kraljestva Velika Britanija in Severna

Irska – nepremičnin, ki so bile oddane v najem vojaškemu osebju po cenah, nižjih od tržne, in katerih prodajna cena je bila enaka dejanski vrednosti, potrjuje, da navedena vrednost ustreza objektivni vrednosti prodaje, neodvisno od tega, kako bo prodajalec prenesena sredstva uporabil.

272 Čeprav je res, da naj bi – kot je navedeno v tem poročilu in kot je v obravnavanem primeru navedla tožeča stranka, ko je nasprotovala odbitku stroškov refinanciranja – prenesena sredstva po izračunu dejanske vrednosti prinašala donos po tržni obrestni meri, to vseeno ne more preprečiti navedenega odbitka. Po eni strani je namreč iz dikcije „naj bi“ v navedenem poročilu razvidno, da gre za mnenje in ne za gotovo dejstvo, ki se lahko uporabi pri izravnavi stroškov refinanciranja. Tako ne more biti izključeno, da dejanska vrednost sredstev nekaj let po prvotni oceni ne bo enaka tej prvotni vrednosti, povečani za obračunane obresti, ampak nižja, na primer zaradi neplačila dela dodeljenih posojil. Po drugi strani je treba ugotoviti, da je iz izpodbijane odločbe, zlasti iz točk 18 in 30 njene obrazložitve, razvidno, da je ostala vrednost sredstev, vpisana na bilanci, stabilna med leti 1999 in 2003 in da vključitev posebnega sklada v družbo Helaba ne pomeni priliva likvidnih sredstev ali dohodkov za banko, saj se vplačila v zvezi s posojili za gradnjo socialnih stanovanj nanašajo na posebni sklad in morajo biti uporabljena kot pomoč. Iz tega je razvidno, da to, da je dejanska vrednost posebnega sklada nižja od nominalne, za družbo Helaba ne pomeni letnega dobička.

273 Zato je treba šteti – kot trdijo Komisija in intervenientke – da dejstvo, da je dejanska vrednost posebnega sklada na dan njegove vključitve, kot so jo ugotovile stranke in BAKred, nižja od njegove nominalne vrednosti, ne izravna niti ni namenjena za izravnavo stroškov financiranja, ki jih ima družba Helaba zaradi pridobitve likvidnosti na trgu v višini zneska spornega vložka. To trditev je treba zavrniti, ne da bi bilo treba Komisiji naložiti, naj priskrbi, kot je predlagala tožeča stranka, dve strokovni poročili o dejanski vrednosti spornega vložka, navedeni v točki 16 obrazložitve izpodbijane odločbe.

Trditev, da zasebni vlagatelj ne bi sprejel odbitka stroškov refinanciranja

274 Tožeča stranka trdi, da je Komisija s tem, da je menila, da bi zasebni vlagatelj zaradi nelikvidnosti svojega vložka sprejel nižje nadomestilo, storila dve napaki, računovodsko in makroekonomsko.

275 Računovodska napaka naj bi bila v vzpostavitvi povezave med odločitvijo Hessna dodeliti posebni sklad in odločitvijo družbe Helaba, da ga bo sprejela. Tožeča stranka trdi, da je vsaka od teh odločitev sprejeta na podlagi kazalnikov – pričakovani donos, tveganje, stroški refinanciranja – ki jih ne določajo stranke, ampak kapitalski trg, in da vlagatelj ne bo vlagal, če ne pričakuje donosa, ki ustreza sprejetemu tveganju. Tožeča stranka glede očitkov Komisije, da je tožeča stranka svoje razlogovanje temeljila na „teoriji ločitve“, ki naj bi poleg tega, da naj ne bi bila edina, ki je bila oblikovana, bila v nasprotju z merilom zasebnega vlagatelja, trdi, da obstaja samo ena teorija ločitve in da merilo zasebnega vlagatelja ne le da ni v nasprotju z njo, ampak temelji na njej.

276 Makroekonomska napaka naj bi bila v tem, da je Komisija menila, da bi zasebni vlagatelj za nedoločen čas dal svoje premoženje na voljo upnikom družbe Helaba po 1,4-odstotni obrestni meri, ki ne samo da je veliko nižja od obrestne mere za netvegana posojila v tistem času – in sicer 4 % – ampak poleg tega ne doseže niti dolgoročne stopnje inflacije. Poleg tega tožeča stranka nasprotuje trditvi Komisije, da je obrestna mera nadomestila nižja od obrestne mere za likvidni vložek, ker ne gre za običajni vložek. V zvezi s tem trdi, da sporni vložek sploh ni neobičajen, saj se vložki pogosto dodelijo v naravi, kot na primer stavbe, zemljišča ali proizvodni obrati.

277 V zvezi s tem je treba spomniti, da je iz zgoraj v točki 7 navedne sodbe WestLB razvidno, da pri opredelitvi naložbe v neko podjetje kot državne pomoči ni mogoče trditi,

da se pri izračunu primernega nadomestila upošteva samo vidik vlagatelja. Splošno sodišče je tako menilo, da med pogajanji v običajnih tržnih razmerah ne bi bilo mogoče, da zasebni vlagatelj v enakem položaju kot dežela Severno Porenje-Vestfalija ne bi upošteval nelikvidnosti vloženih sredstev in dejstva, da so bila ta za družbo WestLB omejeno uporabna. Zato je ugotovilo, da Severno Porenje-Vestfalija za ta sredstva ne bi mogla zahtevati nadomestila, ki bi bilo podobno nadomestilu za likvidna sredstva (zgoraj v točki 7 navedena sodba WestLB, točki 326 in 328). Poleg tega je treba spomniti, da je pri uporabi prava Skupnosti o državnih pomočeh odločilen obstoj ugodnosti za podjetje. Torej v primeru, kot je obravnavani, v katerem želi Hessen vložiti posebno vrsto sredstev, transakcija ne more šteti za državno pomoč, če je po pogajanju med javnim organom, ki želi vložiti, in podjetjem med pogoji, pod katerimi je to podjetje zaradi pomanjkljivosti, ki izvirajo iz narave prenesenih sredstev, pripravljeno sprejeti vložek, plačilo nadomestila, ki je nižje od tržnega za likvidne naložbe. Dokler namreč ti pogoji za podjetje niso ugodnejši od tistih, ki bi jih lahko dobilo, če bi se transakcija, kot je to običajno, nanašala na likvidna sredstva, podjetje ne prejema ugodnosti, ki je v običajnih tržnih razmerah ne bi moglo dobiti. Vendar pa ni mogoče šteti, da mora za to, da tovrstna transakcija ne bi pomenila državne pomoči, javni organ za svoje naložbe vedno prejeti enako nadomestilo kot vlagatelj, ki želi vložiti likvidna sredstva.

278 V teh okoliščinah je treba trditve tožeče stranke glede inflacije in obrestne mere za netvegana posojila zavrniti, saj temeljijo na domnevi, da je treba upoštevati le vidik vlagatelja in da je pomembna samo primerjava med nadomestilom, ki ga je prejel Hessen, in nadomestilom, ki bi ga zahteval vlagatelj, izpostavljen enakemu tveganju, ne glede na prednosti in pomanjkljivosti spornega vložka za družbo Helaba v primerjavi z referenčnimi transakcijami.

279 Te ugotovitve ne more omajati trditev tožeče stranke, da sporni vložek sploh ni neobičajen, ker so vložki dodeljeni v naravi, kot na primer stavbe, zemljišča ali proizvodni

obrati, pogosti. V zvezi s tem je treba najprej opozoriti, da tožeča stranka ne trdi, da se hibridni instrumenti lastniškega kapitala, kakršen je sporni vložek, na trgu dodeljujejo v zameno za premoženje, kot so stavbe ali zemljišča. Dalje, ta primerjava ne upošteva tega, da je sporni vložek poseben tudi v primerjavi s takim premoženjem. Pravzaprav ne samo da sporni vložek ni likviden, ampak ga družba Helaba ne more niti prodati, da bi prišla do likvidnih sredstev niti ga izkoriščati za pridobivanje koristi.

280 V teh okoliščinah je treba šteti, da na podlagi trditve tožeče stranke, da je med strankami dogovorjena obrestna mera za sporni vložek nižja od obrestne mere za netvegana posojila in inflacije, ni mogoče šteti, da je Komisija storila očitno napako pri presoji, ko je menila, da mora, ker sporni vložek družbi Helaba ne zagotavlja likvidnosti in si mora ta likvidna sredstva priskrbeti na trgu, Hessnu plačati nadomestilo samo za tveganje, ki mu izpostavlja svoje premoženje (pribitek za jamstvo).

Dejstvo, da bi vlagatelj kvečjemu sprejel samo odbitek stroškov refinanciranja, ki ustreza dejanskim stroškom družbe Helaba

281 Tožeča stranka opozarja, da lahko družba Helaba zaradi spornega vložka precej razširi svojo dejavnost, in trdi, da zato stroški refinanciranja ne bi smeli bremeniti ene „poslovne enote“, ampak celotno dejavnost, ki jo omogoča vložek. Trdi, da bi morala Komisija primerjati ekonomske prednosti in pomanjkljivosti likvidnega vložka na eni strani ter spornega vložka na drugi strani, in meni, da lahko nelikvidnost spornega vložka upraviči kvečjemu znižanje donosa, ne pa standardiziranega odbitka stroškov refinanciranja. Poleg tega meni, da Komisija ni upoštevala dejstva, da za nekatere transakcije niso potrebna likvidna sredstva, ampak banki prinašajo dohodek.

282 Poleg tega tožeča stranka meni, da bi stroški refinanciranja, tudi če bi morala biti upoštevana celotna obrestna mera refinanciranja, pomenili obratovalni strošek, ki

zmanjšuje obdavčljivo osnovo družbe Helaba, tako da je njena dejanska obremenitev po davkih nižja od obrestne mere refinanciranja.

283 Glede trditve tožeče stranke, da bi morala Komisija primerjati ekonomske prednosti in pomanjkljivosti vložka glede na to, ali je likviden ali ne, je treba ugotoviti, da nelikviden vložek banki ne prinaša dodatnih prednosti v primerjavi z likvidnim. Tako je možnost širitve dejavnosti zaradi povečanja lastniškega kapitala, tako tistih, ki potrebujejo likvidna sredstva, kot tistih, ki potrebujejo le lastniški kapital za jamstvo, enaka ne glede na vrsto premoženja, vloženega v banko. Nasprotno pa nelikviden vložek za banko pomeni dodatne stroške, razen če opravlja le transakcije, ki ne zahtevajo likvidnosti. Vendar pa tožeča stranka ne trdi, da to velja za družbo Helaba ali za banke, ki so na trgu prejele vložke tihih družbenikov. Poleg tega se tožeča stranka v izračunih, ki jih je predložila v svojih pisanjih, da bi dokazala, da je relativna izguba dobička družbe Helaba jasno nižja od absolutnega zneska njenih stroškov, sklicuje tudi na načelo, da bo banka želela dobiti likvidna sredstva v višini prenesenega zneska.

284 Poleg tega je treba glede izračunov tožeče stranke opozoriti, da so opravljeni na podlagi primera, ki temelji na vložku v višini 100 EUR, faktorju širitve dejavnosti 12,5, 4-odstotni obrestni meri refinanciranja in 6,6-odstotni obrestni meri za posojila strankam družbe Helaba. Tožeča stranka pojasnjuje, da bi družba Helaba v teh okoliščinah ustvarila dobiček pred nadomestilom v višini 36,50 EUR pri likvidnem vložku in 32,50 EUR pri nelikvidnem vložku in da je zato njegova izguba dobička zaradi nelikvidnosti vložka 4 EUR oziroma 10,96 %. Zato zahteva, da se nadomestilo, ki ga je treba plačati za likvidni vložek, zniža za 10,96 %, in sicer 5,4 % – kar ustreza 4-odstotni obrestni meri za netvegana posojila, povečani za pribitek za jamstvo 1,4 %, dogovorjeno med Hessnom in družbo Helaba. Tako ocenjuje, da bi bilo treba Hessnu plačati nadomestilo v višini 4,81 %.

285 V zvezi s tem je treba takoj ugotoviti, da so ti izračuni precej špekulativni. Čeprav je bila obrestna mera refinanciranja za netvegana posojila, ki jo uporablja tožeča stranka, tista, ki je ob spornem vložku veljala v Nemčiji za državne obveznice z desetletno

dospelostjo, mora družba Helaba za refinanciranje na trgu kljub temu plačati višjo obrestno mero od obrestne mere za državne obveznice (glej točko 13 zgoraj). Glede 6,6-odstotne obrestne mere, poleg tega, da tožeča stranka v pisnih vlogah ni pojasnila, na čem ta temelji, se zdi očitno, da banka ne uporablja enotne obrestne mere za vse transakcije, v vsakem času in za vse svoje stranke.

286 Vsekakor je treba ugotoviti, da delni odbitek stroškov refinanciranja, ki ga predlaga tožeča stranka, omogoča le delno izravnavo višjih stroškov, ki jih za družbo Helaba pomeni sporni vložek v primerjavi z likvidnim. Medtem ko je namreč iz izračuna, ki ga predlaga tožeča stranka, razvidno, da naj bi se stroški refinanciranja družbe Helaba za pridobitev likvidnih sredstev na trgu dvigali do 4 EUR za posojilo v višini 100 EUR, odbitek od nadomestila, ki naj bi ga plačal Hessnu, pa naj bi znašal 0,59 EUR. Torej, ob uporabi metode, ki jo je predlagala tožeča stranka, bi bil strošek družbe Helaba zaradi spornega vložka višji od stroška zaradi likvidnega vložka.

287 V teh okoliščinah na podlagi trditve tožeče stranke ni mogoče dokazati, da je Komisija s tem, da je menila, da je bilo bruto stroške refinanciranja v obravnavanem primeru mogoče odbiti, da sporni vložek za družbo Helaba ne bi bil dražji kot likvidni vložek, česar zasebni vlagatelj v okoliščinah obravnavanega primera ne bi mogel zahtevati, storila očitno napako pri presoji.

288 Glede trditve tožeče stranke, da je pomanjkljivost vložka z vidika družbe Helaba zaradi stroškov refinanciranja ublažena z ugodnostjo, ki jo ima zato, ker so ti stroški odhodki, ki zmanjšujejo davčno osnovo in torej davčni znesek, zadostuje ugotovitev, da tudi če je to dejansko res, je dobiček po davkih družbe Helaba prav tako nižji od dobička, ki bi ga imela, če bi bil vložek likviden. V teh okoliščinah nelikvidnost spornega vložka za družbo Helaba ne pomeni nobene ugodnosti.

289 Tako je treba razlikovati med obravnavanim primerom in zadevo WestLB, v kateri se je Komisija, ne da bi Splošno sodišče temu oporekalo, strinjala samo z odbitkom od neto obrestne mere refinanciranja, ne pa tudi od bruto obrestne mere refinanciranja,

kot so predlagale Zvezna republika Nemčija in stranki transakcije, zaradi dejstva, da ker je morala družba WestLB – v nasprotju z družbo Helaba – vlagatelju plačati nadomestilo po davkih, bi imela večji dobiček s prenosom nelikvidnega premoženja, kot bi ga imela pri likvidnih sredstev.

290 Ker je bil namreč učinek stroškov refinanciranja na dobiček banke zmanjšan zaradi znižane obdavčljive osnove, kar je pomenilo manj dolgovanega davka, je moral biti učinek navedenih stroškov na nadomestilo prav tako zmanjšan, tako da banka ne bi hkrati imela koristi zaradi nižjega davka in čezmernega odbitka od nadomestila. Tako je Komisija z odbitkom čistih stroškov refinanciranja od nadomestila izravnala povečanje odhodkov družbe WestLB zaradi navedenih stroškov in njihovega zmanjšanja zaradi odbitka od nadomestila, zaradi česar je bila transakcija primerljiva s transakcijo s prenosom likvidnih sredstev.

291 Iz vsega navedenega sledi, da je treba šteti, da tožeča stranka ni dokazala, da je Komisija storila očitno napako pri presoji glede upoštevanja stroškov refinanciranja družbe Helaba zaradi nelikvidnosti posebnega sklada.

292 V teh okoliščinah je treba ugotoviti, da tožeča stranka ni dokazala, da je Komisija s tem, da je štela, da je obremenitev družbe Helaba v zvezi z delom posebnega sklada – ki ga je lahko uporabila za kritje konkurenčnih dejavnosti – ki je posledica dogovorjenega nadomestila, obratovalnega davka in stroškov refinanciranja ter stroška 0,3 % za preostali del spornega vložka, ustrezala obremenitvi, ki bi jo družba Helaba imela, če bi na trgu pridobila sredstva, od katerih bi imela iste koristi, storila očitno napako pri presoji. Komisija zlasti ni storila očitne napake pri presoji, ko je ob upoštevanju okoliščin, v katerih je bila opravljena transakcija, menila, da medtem ko dejstvo, da je Hessen vložil v velik delež temeljnega kapitala družbe Helaba in da tega vložka ne more prosto dvigniti, morda dejansko povečuje tveganje Hessna, za družbo Helaba ne pomeni dodatne ugodnosti, zasebnemu vlagatelju pa ne bi omogočilo pribitka na nadomestilo.

293 Zato je treba tožbena razloga tožeče stranke zaradi kršitve člena 87 ES s strani Komisije in zaradi pomanjkljive obrazložitve izpodbijane odločbe zavrniti.

294 Zato se tožba zavrne.

Drugi predlogi strank

295 Tožeča stranka Splošnemu sodišču predlaga, naj Komisijo v skladu s členom 64(3) Poslovnika pozove, naj predloži, prvič, strokovno poročilo, ki ga je Zvezna republika Nemčija priskrbela med upravnim postopkom in se nanaša na vrstni red spornega vložka pri stečaju družbe Helaba, navedeno v točki 131 obrazložitve izpodbijane odločbe; drugič, strokovni poročili o dejanski vrednosti spornega vložka, navedeni v točki 16 obrazložitve izpodbijane odločbe, in tretjič, sporazum ali sporazume med delničarji družbe Helaba, iz katerih je razviden „nadzorni vpliv“ Hessna, na katerega se sklicuje Komisija v Odločbi C(2005) 3232 konč. z dne 6. septembra 2005 o prenosu skupnih sredstev Hessischer Investitionsfonds kot vložek tihega družbenika v Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, izpodbijani v zadevi, v kateri je bila izdana zgoraj v točki 31 navedena sodba Bundesverband deutscher Banken proti Komisiji.

296 Splošnemu sodišču predlaga tudi, naj se med ustnim delom postopka strokovnjaka H. in F. zaslišita kot priči.

297 Poleg tega tožeča stranka Splošnemu sodišču predlaga, naj družbo Helaba pozove, naj predloži statistike v zvezi s tržnim deležem v Hessnu, Turingiji in Nemčiji za leta od 1998 do 2004.

298 Nazadnje predlaga zaslišanje več prič, če bi Komisija nasprotovala nekaterim njenim trditvam glede dopustnosti tožbe.

299 Na poziv Splošnega sodišča (glej točko 25 zgoraj) je Komisija predložila strokovno poročilo glede vrstnega reda spornega vložka pri stečaju družbe Helaba, ki ga je med upravnim postopkom priskrbela Zvezna republika Nemčija. Vendar pa Splošno sodišče meni, da ob upoštevanju pojasnil strank med postopkom ni treba zahtevati predložitve strokovnih mnenj o dejanski vrednosti spornega vložka. Glede sporazumov delničarjev družbe Helaba, na katere se Komisija sklicuje v Odločbi C(2005) 3232 konč., je treba ugotoviti, da se, ker nobena ugotovitev Komisije v izpodbijani odločbi ne temelji na vplivu Hessna v družbi Helaba, predložitev dokumenta ne zdi potrebna.

300 Splošno sodišče prav tako meni, da strokovnjaka H. in F. ni treba zaslišati kot priči, saj sta njuni poročili že vloženi v spis.

301 Poleg tega, ker ni bilo odločanja o dopustnosti tožbe, ni treba ugoditi predlogu tožeče stranke, naj se družbo Helaba pozove k predložitvi statistike v zvezi s tržnim deležem v Hessnu, Turingiji in Nemčiji za leta od 1998 do 2004, niti pozvati k pričanju osebe, ki jih je predlagala tožeča stranka, če bi Komisija nasprotovala nekaterim njenim trditvam glede dopustnosti tožbe.

302 Glede predloga tožeče stranke za zaupno obravnavo replike (glej točko 20 zgoraj), zadostuje ugotovitev, da ta predlog, ker podatki, za katere tožeča stranka meni, da so zaupni, niso navedeni v vloženi različici replike, ni pomemben.

303 Nazadnje je treba ugoditi predlogu, da se nekatere dokumente, priložene k repliki, izloči iz spisa (glej točko 22 zgoraj), saj gre za notranje dokumente Komisije.

Stroški

304 V skladu s členom 87(2) Poslovnika se neuspeli stranki naloži plačilo stroškov, če so bili ti priglašeni. Tožeča stranka ni uspela, zato se ji v skladu s predlogi Komisije, Hessna in družbe Helaba naloži plačilo stroškov.

305 V skladu s členom 87(4), prvi pododstavek, Poslovnika Zvezna republika Nemčija nosi svoje stroške.

Iz teh razlogov je

SPLOŠNO SODIŠČE (četrti senat)

razsodilo:

1. Dokumenti iz prilog 9 in 10 k repliki, ki jih je predložila Bundesverband deutscher Banken eV, se izločijo iz spisa.

2. Tožba se zavrne.

3. Bundesverband deutscher Banken nosi svoje stroške in stroške, ki so jih priglasile Evropska komisija, zvezna dežela Hessen in Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale.

4. Zvezna republika Nemčija nosi svoje stroške.

Czúcz Vadapalas Labucka

Razglašeno na javni obravnavi v Luxembourgu, 3. marca 2010.

Podpisi

Stvarno kazalo

Dejansko stanje ..... II - 394

A – Sporni vložek ..... II - 394

B – Zadeve z nemškimi deželnimi bankami ..... II - 396

C – Izpodbijana odločba ..... II - 397

Postopek in predlogi strank ..... II - 399

Pravo ..... II - 402

A – Dopustnost ..... II - 402

B – Vsebinska presoja ..... II - 403

1. Okoliščine, v katerih je bil sporni vložek dogovorjen ..... II - 406

2. Upoštevanje stopenjskega modela ..... II - 409

a) Izpodbijana odločba ..... II - 409

b) Trditve strank ..... II - 410

c) Presoja Splošnega sodišča ..... II - 411

3. Očitek, da je Komisija napačno opredelila sporni vložek kot „običajni“ vložek tihega družbenika in ne kot naložbo v osnovni kapital ..... II - 417

a) Izpodbijana odločba ..... II - 417

b) Trditve strank ..... II - 419

c) Presoja Splošnega sodišča ..... II - 421

Značilnosti, na podlagi katerih je Komisija menila, da bi bilo treba nadomestilo za sporni vložek primerjati z nadomestilom za vložek tihega družbenika za določen čas ..... II - 424

– Tveganje izgube pri stečaju ali likvidaciji ..... II - 424

– Profil donosnosti ..... II - 427

Značilnosti spornega vložka, za katere je Komisija menila, da ne preprečujejo primerjave nadomestila za sporni vložek z nadomestilom za vložek tihega družbenika za določen čas ..... II - 431

– Velikost ..... II - 431

– Rezerva delniškega kapitala ..... II - 436

– Trajnost vložka in nemožnost prenosa ..... II - 440

Značilnosti spornega vložka, ki med upravnim postopkom niso bile navedene in niso bile obravnavane v izpodbijani odločbi ..... II - 442

Stanje na trgu ob vključitvi spornega vložka ..... II - 445

Sklep o opredelitvi spornega vložka kot vložka tihega družbenika ..... II - 449

4. Primerjava nadomestila za sporni vložek z nadomestilom za jamstvo, ki se zahteva na trgu ..... II - 450

a) Upoštevanje obratovalnega davka ..... II - 451

Izpodbijana odločba ..... II - 451

Trditve strank ..... II - 451

Presoja Splošnega sodišča ..... II - 452

b) Primerjava osnovnega nadomestila z osnovnim nadomestilom za jamstvo, ki se zahteva na trgu ..... II - 454

Izpodbijana odločba ..... II - 454

Trditve strank ..... II - 455

Presoja Splošnega sodišča ..... II - 456

Ugotovitev o primerjavi osnovnega nadomestila z osnovnim nadomestilom za jamstvo, ki se zahteva na trgu ..... II - 466

c) Primerjava pribitka za trajnost s pribitkom na nadomestilo za jamstvo, ki se zahteva na trgu ..... II - 466

Izpodbijana odločba ..... II - 466

Trditve strank ..... II - 467

Presoja Splošnega sodišča ..... II - 469

Ugotovitev glede skladnosti nadomestila za jamstvo s trgom ..... II - 472

5. Odbitek stroškov financiranja, ki jih ima družba Helaba zaradi nelikvidnosti vložka, od nadomestila s strani Komisije ..... II - 473

a) Izpodbijana odločba ..... II - 473

b) Trditve strank ..... II - 473

c) Presoja Splošnega sodišča ..... II - 474

Trditev, da je bila nelikvidnost že upoštevana pri znižani vrednosti vključitve ..... II - 476

Trditev, da zasebni vlagatelj ne bi sprejel odbitka stroškov refinanciranja ..... II - 478

Dejstvo, da bi vlagatelj kvečjemu sprejel samo odbitek stroškov refinanciranja, ki ustreza dejanskim stroškom družbe Helaba ..... II - 480

Drugi predlogi strank ..... II - 484

Stroški ..... II - 486