РЕШЕНИЕ НА ОБЩИЯ СЪД (четвърти състав)

3 март 2010 година *

По дело T-163/05

Bundesverband deutscher Banken eV, установено в Берлин (Германия), за което се явяват адв. H.-J. Niemeyer, адв. K.-S. Scholz и адв. J.-O. Lenschow, avocats,

жалбоподател,

срещу

Европейска комисия, за която се явяват г-н N. Khan и г-н T. Scharf, в качеството на представители,

ответник,

* Език на производството: немски.

подпомагана от:

Федерална република Германия, за която се явяват г-н M. Lumma и г-жа C. Schulze-Bahr, в качеството на представители, подпомагани от адв. J. Witting, avocat,

от

Land Hessen [провинция Хесен] (Германия), за която първоначално се явяват адв. H.-J. Freund и адв. M. Holzhäuser, а впоследствие адв. Freund и адв. S. Lehr, avocats,

и от

Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, установена във Франкфурт на Майн (Германия), за която се явява адв. H.-J. Freund, avocat,

встъпили страни,

с предмет искане за отмяна на Решение 2006/742/ЕО на Комисията от 20 октомври 2004 година относно помощ, предоставена от Германия на Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (ОВ L 307, 2006 г., стр. 159),

ОБЩИЯТ СЪД (четвърти състав),

състоящ се от: г-н O. Czúcz (докладчик), председател, г-н V. Vadapalas и г-жа I. Labucka, съдии,

секретар: г-жа C. Kristensen, администратор,

предвид изложеното в писмената фаза на производството и в съдебното заседание от 9 септември 2008 г.,

постанови настоящото

Решение

Обстоятелства, предхождащи спора

A — *Спорната вноска*

1 Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (наричана по-нататък „Helaba“) е една от най-големите германски банки. Тя има правен статут на публично учреждение. От 1 януари 2001 г. собственици на Helaba са Sparkassen- und Giroverband Hessen-Thüringen с участие от 85 %, провинция Хесен (наричана по-нататък „провинцията“) с участие от 10 % и провинция Тюрингия с участие от 5 %. Helaba е обслужващата банка на провинцията и на провинция Тюрингия, а и основна

банка на спестовните каси на Хесен и Тюрингия. Тя действа и като търговска банка — както на пазара в страната, така и на международните пазари.

2 Със закон от 17 декември 1998 г. провинцията създава специален фонд, наречен „Wohnungswesen und Zukunftsinvestition“ („Жилищно дело и инвестиция за бъдещето“, наричан по-нататък „специалният фонд“). Този специален фонд включва вземанията на провинцията по нисколихвени кредити, предоставени между 1948 г. и 1998 г. за насърчаване на строителството на социални жилища. Към 31 декември 1998 г. портфейлът от заеми възлиза на 7,829 милиарда германски марки (DEM) (около 4 милиарда евро). Двама независими експерти оценяват актуализираната му стойност на 2,473 милиарда DEM (1,264 милиарда евро).

3 Специалният фонд е включен в капитала на Helaba по силата на сключен между Helaba и провинцията договор (наричан по-нататък „договорът“), под формата на вътрешно дружество, като „скрита капиталова вноска“, с действие от 31 декември 1998 г. (наричана по-нататък „спорната вноска“). Съгласно член 1, алинея втора от договора вноската е трябвало трайно да служи като собствен капитал на Helaba с гаранционна функция, под формата на първичен капитал. Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (Федерална служба за надзор върху кредитните институции, наричана по-нататък „BAKred“) на практика признава цялата вноска за първичен капитал. Така по-конкретно е прието, че вноската е в съответствие с декларацията от Сидни, след като в прессъобщение на Базелския комитет за банков надзор от 27 октомври 1998 г. се посочва, че делът на хибридните инструменти на собствения капитал (инструменти, които имат някои характеристики както на дялово участие, така и на дългови ценни книжа) в първичния капитал на кредитните институции не може да превишава 15 %, с изключение на инструментите, за които в уреждащия ги договор е предвидено, че капиталът е предоставен трайно и не притежава никаква изрична особеност — различна от просто кол-опция на емитента, — която да може да доведе до обратно изкупуване на инструмента.

4 Страните по договора се споразумяват, че като насрещна престация за тази скрита вноска Helaba ще заплаща на провинцията възнаграждение от 1,4 % годишно от размера на вноската с приспадане на частта, необходима да се гарантират дейностите по предоставяне на помощ за строителството на социални

жилища. Това възнаграждение включва възнаграждение от 1,2 % годишно за гаранционната функция и добавка от 0,2 % поради трайния характер на вноската и поради правото на едностранно прекратяване, с което разполага Helaba. В това отношение съгласно прогресивен модел е предвидено, че през първите четири години (1998—2002 г.) възнаграждението ще се определи не въз основа на пълната стойност на прехвърлените активи, а на траншове, нарастващи прогресивно всяка година (наричан по-нататък „прогресивният модел“). Размерът на траншовете е определен на 700 милиона, 1,2 милиарда, 1,6 милиарда и 2 милиарда DEM (т.е. съответно около 380 милиона, 610 милиона, 820 милиона и 1,02 милиарда евро).

Б — *Преписки във връзка с германските Landesbanken*

5 С писма от 31 май и 21 декември 1994 г. жалбоподателят, Bundesverband deutscher Banken eV (Асоциация на германски банки), уведомява Комисията на Европейските общности, че няколко провинции, сред които и провинция Северен Рейн-Вестфалия, са включили заеми за строителството на жилища в собствения капитал с гаранционна функция на определени Landesbanken (регионални банки), като Westdeutsche Landesbank Girozentrale (наричана по-нататък „WestLB“), или, ако не са направили това, че са смятали да го направят. Според жалбоподателя за тези вноски не е договорено възнаграждение, което да отговаря на критерия за действащия в условията на пазарна икономика частен инвеститор (наричан по-нататък „критерий за частния инвеститор“), така че увеличението на собствения капитал на съответните Landesbanken в резултат от тези операции нарушава конкуренцията в полза на банките получатели.

6 С две писма от 6 август 1997 г. и от 30 юли 1998 г. жалбоподателят информира Комисията за две допълнителни прехвърляния на активи, сред които е спорната вноска.

7 Комисията най-напред разглежда прехвърлянето на активи в полза на WestLB (наричано по-нататък „преписката WestLB“), като обявява, че ще разгледа прехвърлянията в полза на останалите банки с оглед на резултатите от тази преписка. На 8 юли 1999 г. Комисията приема Решение 2000/392/ЕО относно

мярка, приведена в действие от Германия в полза на WestLB (ОВ L 150, 2000 г., стр. 1, наричано по-нататък „Решение по преписка WestLB от 1999 г.“), с което тя обявява, че разглежданата операция съдържа несъвместима с общия пазар държавна помощ и разпорежда възстановяването на споменатата помощ. Това решение е отменено с Решение на Общия съд от 6 март 2003 г. по дело Westdeutsche Landesbank Girozentrale и Land Nordrhein-Westfalen/Комисия (Т-228/99 и Т-233/99, Recueil, стр. II-435, наричано по-нататък „Решение по дело WestLB“) поради липса на мотиви.

8 С писмо от 13 ноември 2002 г. Комисията уведомява Федерална република Германия за решението си да започне официални процедури по разследване във връзка именно със спорната вноска. Решението за започване на процедурата във връзка със спорната вноска е публикувано в *Официален вестник на Европейския съюз* (ОВ С 72, 2003 г., стр. 3).

B — *Обжалваното решение*

9 На 20 октомври 2004 г. Комисията приема Решение 2006/742/ЕО относно помощ, предоставена от Германия на Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale (ОВ L 307, 2006 г., стр. 159, наричано по-нататък „обжалваното решение“).

10 В обжалваното решение Комисията приема, че след като BAKred признава специалния фонд за първичен капитал на Helaba, за да се провери дали поведението на провинцията съответства на поведението на частен инвеститор, спорната вноска следва да се сравни с инструментите на собствения капитал, които са признати за първичен капитал в Германия през годината на вноската и са на разположение на Helaba към момента на прехвърляне конкретно за инвестиция от такъв порядък, т.е. значително над 15 % от първичния капитал на Helaba. В това отношение тя отхвърля довода на жалбоподателя, че характеристиките на спорната вноска, както произтичат от сключения между провинцията и Helaba

договор, оприличават споменатата вноска по-скоро на вноска в капитала на дружество, отколкото на „нормална“ скрита вноска, т.е. за ограничен срок (съображения 128—139 от обжалваното решение).

11 Що се отнася до изчисляването на възнаграждението, което би поискал частен инвеститор за вноска като спорната, Комисията разграничава сумата, която е на разположение на Helaba за гарантиране на търговските ѝ дейности, от сумата, която според Комисията по различни причини Helaba не може да използва за тази цел (съображения 141 и 142 от обжалваното решение).

12 По отношение на сумата, която е на разположение на Helaba за гарантиране на търговските ѝ дейности, според Комисията, на първо място, следва да се отчете фактът, че Helaba е длъжна да плаща данък за промишлената и търговската дейност (наричан по-нататък „търговски данък“), който трябва да внасят промишлените и търговските инвеститори, извършващи дейността си в Германия, но който в случая е трябвало да се плати от Helaba, тъй като провинцията не е подлежала на облагане с него (съображения 157—159 от обжалваното решение).

13 На второ място, Комисията изяснява, че използваният на пазара референтен процент за изчисляване на възнаграждението е фиксиран — съответстващ по общо правило на дохода от публични облигации с десетгодишен срок до падежа — или променлив — съответстващ на процента на междубанковия паричен пазар, като процентите Libor или Euribor. Тя посочва, че независимо от вида на използвания референтен процент се включва и добавка към възнаграждението, чийто състав варира според това дали възнаграждението е променливо или фиксирано. Комисията изяснява, че ако възнаграждението е променливо, добавката към възнаграждението съответства на възнаграждението за гаранционната функция, която изпълнява въпросната скрита вноска (наричано по-нататък „гаранционно възнаграждение“). От друга страна, ако възнаграждението е фиксирано, добавката към възнаграждението се състои от два елемента: от добавката за рефинансиране, т.е. добавката върху дохода от държавни облигации, която банката трябва да плати на пазара, за да се снабди с ликвидни средства, и от гаранционното възнаграждение, което съответства на профила на риска на въпросната скрита вноска (съображение 162 от обжалваното решение).

14 Като се има предвид, че спорната вноска не предполага прехвърляне на ликвидни средства и включва допълнителни разходи на Helaba за рефинансиране, според Комисията Helaba трябва да плати на провинцията само гаранционно възнаграждение (съображения 162, 184—187 от обжалваното решение).

15 Ето защо във връзка със съответствието с пазарните условия на договореното възнаграждение, увеличено с ефекта от търговския данък, Комисията приема, че след като посоченото възнаграждение е над средните пазарни стойности на гаранционното възнаграждение, тя няма никакво основание да направи извод, че Helaba е била облагодетелствана и че следователно е ползвала държавна помощ (съображения 172 и 183 от обжалваното решение).

16 Що се отнася до сумата, която според нея не е била на разположение на Helaba за гарантиране на търговските ѝ дейности, тъй като е трябвало да служи за гарантиране на дейностите на специалния фонд по предоставяне на помощ за строителство на социални жилища или поради прогресивния модел, Комисията приема, че вписването ѝ в счетоводния баланс на Helaba от момента на извършване на вноската води до предимство за последната, тъй като е изпълнявала функцията на авал, за който се следва възнаграждение, обратно на предвиденото от страните, и то в размер на 0,3 % годишно преди облагане с данък. Така Комисията приема, че Helaba е получила държавна помощ в размер на 6,09 милиона евро (съображения 155 и 190 от обжалваното решение).

Производство и искания на страните

17 На 18 април 2005 г. жалбоподателят подава настоящата жалба в секретариата на Общия съд.

18 С актове, подадени в секретариата на Общия съд съответно на 29 юли, 4 и 8 август 2005 г., Helaba, Федерална република Германия и провинцията молят да встъпят в настоящото производство в подкрепа на Комисията. С Определение

от 30 септември 2005 г. председателят на трети състав на Общия съд допуска встъпването.

19 С писма от 9, 23 август и 15 декември 2005 г. жалбоподателят моли някои поверителни данни, съдържащи се в жалбата и в писмената реплика, да не се съобщават на встъпилите страни. Той представя неповерителен вариант на тези писмени изявления. На встъпилите страни са съобщени единствено неповерителните варианти на посочените изявления. Встъпилите страни не са възразили по този въпрос.

20 С писмо от 20 декември 2005 г. жалбоподателят уведомява Общия съд, че не е посочил имената на банките, които са му предоставили някои съдържащи се в писмената реплика сведения, тъй като споменатите банки се опасявали, че търговските им отношения с Helaba ще бъдат тежко засегнати, ако имената им станат известни на Helaba. Той обяснява, че въпросните сведения ще бъдат предоставени само на Общия съд при искане от негова страна.

21 Встъпилите страни представят писмените си становища в определените срокове. Жалбоподателят също представя бележките си по писмените становища при встъпване в определените срокове. Комисията се отказва да представя бележки по споменатите писмени становища.

22 С писмо от 28 март 2006 г. Комисията моли Общия съд да изключи от преписката някои приложения към писмената реплика. След като жалбоподателят не се противопоставя на това искане по отношение на приложение C.3 от писмената реплика, с акт на председателя на трети състав от 28 юни 2006 г. същото е изключено от преписката. Общият съд не се произнася по останалите приложения, чието изключване е поискано от Комисията.

23 Поради промяната в състава на съдебните състави на Общия съд съдията докладчик е включен в четвърти състав, на който вследствие на това е разпределено настоящото дело.

24 С оглед на изтичането на мандата на един от членовете на състава председателят на Общия съд определя друг съдия, който да попълни състава съгласно разпоредбите на член 32, параграф 3 от Процедурния правилник на Общия съд.

25 Въз основа на доклад на съдията докладчик Общият съд (четвърти състав) решава да открие устната фаза на производството и в рамките на процесуално-организационните действия, предвидени в член 64 от Процедурния правилник на Общия съд, приканва Комисията да представи определени документи и поставя писмени въпроси на страните, които му отговарят в определения срок.

26 В съдебното заседание на 9 септември 2008 г. са проведени устните състезания на страните и са изслушани отговорите им на поставените устно от Общия съд въпроси. В края на съдебното заседание е допуснато Комисията да даде писмен отговор на един от поставените от Общия съд въпроси. Комисията отговаря с писмо от 19 септември 2008 г. и на 2 октомври 2008 г. жалбоподателят представя бележки по този отговор. Устната фаза на производството е приключена на 8 октомври 2008 г.

27 Жалбоподателят моли Общия съд:

— да отмени обжалваното решение,

— да осъди Комисията да заплати съдебните разноски.

28 Комисията, подпомагана от встъпилите страни, моли Общия съд:

— да обяви жалбата за недопустима и при условията на евентуалност да я отхвърли като неоснователна,

— да осъди жалбоподателя да заплати съдебните разноски.

От правна страна

А — *По допустимостта*

29 Комисията изтъква, че жалбата вероятно е недопустима, тъй като жалбоподателят не бил лично засегнат от обжалваното решение.

30 Необходимо е да се напомни, че съдът има право да прецени според обстоятелствата във всеки конкретен случай дали доброто правораздаване оправдава отхвърлянето по същество на жалбата без предварително произнасяне по възражението за недопустимост, направено от ответника (Решение на Съда от 26 февруари 2002 г. по дело Съвет/Boehringer, C-23/00 P, Recueil, стр. I-1873, точки 51 и 52 и Решение на Общия съд от 13 септември 2006 г. по дело Sinaga/Комисия, T-217/99, T-321/00 и T-222/01, непубликувано в Recueil, точка 68).

31 В случая следва да се отбележи, че докато настоящото дело и дело Bundesverband deutscher Banken/Комисия (T-36/06, Сборник, стр. II-537), по които Общият съд

постановява решение в един и същи ден, поставят въпроси за допустимостта, частично различаващи се поради правното основание на всяко от обжалваните решения, те повдигат сходни до голяма степен въпроси по същество, след като в делото, по което е постановено последното съдебно решение, страните повтарят много от изложените в рамките на настоящото производство доводи. Ето защо Общият съд счита, че трябва най-напред да разгледа приведените от жалбоподателя правни основания, без да се произнася предварително по направеното от Комисията възражение за недопустимост, тъй като във всеки случай по изложените по-долу съображения жалбата е неоснователна.

Б — *По съществото на спора*

32 Жалбоподателят изтъква, че обжалваното решение е в противоречие с член 87, параграф 1 ЕО, доколкото договореното възнаграждение между провинцията и Helaba за частта от вноската, която Helaba може да използва за гарантиране на търговските си дейности, не съответства на това, което би поискал частен инвеститор към момента на извършване на операцията, както и че отказът на провинцията от адекватно възнаграждение представлява държавна помощ. Освен това той поддържа, че някои преценки в обжалваното решение не били достатъчно мотивирани.

33 В частност жалбоподателят най-напред изтъква, че Комисията не се основала на пазарното положение към момента на извършване на спорната вноска. Понататък, той критикува преценките на Комисията на всеки от следваните от нея етапи, за да достигне до извода, че договореното възнаграждение за частта от спорната вноска, която Helaba може да използва за гарантиране на търговските си дейности, не представлява държавна помощ. На първо място, той критикува факта, че с оглед сравнението на договореното за спорната вноска възнаграждение с възнаграждението за други извършени на пазара операции Комисията приема, че споменатата вноска била по-скоро скрита вноска за определен срок, отколкото инвестиция в дружествения капитал. На второ място, той критикува това, че Комисията приела разрешението, предвиждащо прогресивно нарастващо възнаграждение за частта от спорната вноска, която Helaba може да

използва за гарантиране на търговските си дейности, съгласно прогресивния модел. На трето място, той критикува преценката на Комисията относно евентуалните добавки и намаления, които можели да се приложат спрямо ножицата на пазарното гаранционно възнаграждение, за да се отчетат спецификите на спорната вноска. На четвърто място, той критикува обстоятелството, че от възнаграждението, което би било поискано на пазара, Комисията приспада възникналите за Helaba разходи за рефинансиране поради твърдяната неликвидност на вноската.

34 Като начало следва да се напомни, че член 87, параграф 1 ЕО цели да предотврати засягането на търговията между държавите членки от предоставени от публичните органи предимства, които под различна форма нарушават или заплашват да нарушат конкуренцията чрез поставяне в по-благоприятно положение на определени предприятия или производството на някои стоки.

35 Ето защо, за да се прецени дали дадена държавна мярка представлява помощ, следва да се определи дали на предприятието получател се предоставя икономическо предимство, което то не би получило в нормални пазарни условия (Решение на Съда от 11 юли 1996 г. по дело SFEI и др., C-39/94, Recueil, стр. I-3547, точка 60; Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, точки 207 и 243).

36 От тази гледна точка не може да се приеме, че при мисловната проверка дали дадена операция е извършена при нормални условия на пазарна икономика, за отправна точка непременно трябва да се вземе единствено инвеститорът или получилото инвестицията предприятие, след като за пазарната икономика е характерно именно взаимодействието между отделните икономически оператори (Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, точка 327). От друга страна, тази проверка също така не налага напълно да се пренебрегнат ограниченията, свързани с характера на прехвърленото имущество, тъй като за отправна точка следва да се вземе поведението на частен инвеститор, който се намира, доколкото е възможно, в положението на публичен инвеститор (вж. в този смисъл Решение на Съда от 16 май 2002 г. по дело Франция/Комисия, C-482/99, Recueil, стр. I-4397, точка 70, Решение на Съда от 28 януари 2003 г. по дело

Германия/Комисия, C-334/99, Recueil, стр. I-1139, точка 133 и Решение на Съда по дело WestLB, точка 7 по-горе, точка 270).

37 При това положение, за да прецени дали за предприятието е налице предимство, което то не би могло да получи при пазарни условия, Комисията е длъжна да направи цялостен анализ на всички релевантни елементи на спорната операция и на нейния контекст, включително на положението на предприятието получател и на съответния пазар (Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, точка 251). В това отношение Комисията може по-конкретно да разгледа въпроса дали в случай като настоящия предприятието е могло да се снабди от други инвеститори със средства, които водят до същите предимства за него, и евентуално при какви условия, тъй като мярката не може да представлява държавна помощ, ако с нея предприятието не се поставя в по-благоприятно положение от това, в което то би било при липсата на намеса на публичноправния орган.

38 Накрая, следва да се напомни, че преценката на Комисията дали с дадена инвестиция се предоставя предимство, което предприятието не би могло да получи на пазара, предполага сложна икономическа преценка. Когато обаче Комисията приема акт, включващ такава преценка, тя разполага с широко правомощие за преценка и съдебният контрол върху споменатия акт, макар по въпроса, дали дадена мярка попада в приложеното поле на член 87, параграф 1 ЕО, по принцип да е пълен, се свежда до проверка дали са спазени процесуалните правила и изискването за мотивиране, дали фактите, приети, за да бъде направен оспореният избор, са установени точно, както и дали не е налице явна грешка в преценката на тези факти или злоупотреба с власт. Общият съд по-специално не е компетентен да замества икономическата преценка на автора на решението със своята преценка (Решение на Общия съд от 15 септември 1998 г. по дело BFM и EFIM/Комисия, T-126/96 и T-127/96, Recueil, стр. II-3437, точка 81, Решение от 12 декември 2000 г. по дело Alitalia/Комисия, T-296/97, Recueil, стр. II-3871, точка 105 и Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, точка 282).

39 Преди да се разгледат отделните оплаквания на жалбоподателя срещу обжалваното решение, следва да се анализират доводите на страните във връзка с обстановката, при която е договорена спорната вноска.

1. *Обстановка, при която е договорена спорната вноска*

40 Според жалбоподателя е неправилно да се счита, че Helaba не се е нуждаела от вноска в първичния капитал и че вноската е направена главно в интерес на Федерална република Германия, и по-конкретно на провинцията.

41 Комисията, подпомагана от провинцията и Helaba, оспорва този начин на представяне на обстановката по делото.

42 Що се отнася до положението на Helaba, следва да се установи, че преди включването на спорната вноска Helaba има коефициент на адекватност на първичния капитал от 5,4 % и коефициент на обща капиталова адекватност от 9,6 %, като и двата са над определените от закона минимални коефициенти, съответно 4 % и 8 % (съображения 28 и 32 от обжалваното решение). За разлика от преписката WestLB, посочвана неднократно от жалбоподателя, в приложимата правна уредба не е правено никакво изменение, което да налага през 1998 г. да се увеличат коефициентите на обща капиталова адекватност на европейските банки. Обстоятелството, че коефициентите на Helaba са по-лоши в сравнение с тези на големите частни германски банки, не означава, че спорната вноска е била необходима за оцеляването на Helaba или за запазването на обема на дейността ѝ, тъй като не може да се приеме, че всички германски банки, които нямат коефициентите на големите частни банки, се нуждаят от инжектиране на капитал. Във всеки случай жалбоподателят не е съобщил коефициентите на големите частни банки за 1998 г., а само за периода 1984—1994 г.

43 При това положение следва да се установи, че Helaba се нуждае от нови средства само доколкото е необходимо да постигне целите на растеж, определени в плана ѝ за дейност. Като се остави настрана фактът, че евентуалното неполучаване на необходимите за тази цел средства единствено би затруднило растежа ѝ и не би застрашило нито нейното оцеляване, нито обема на дейностите ѝ към

съответния момент, определените с плана за дейност на Helaba цели на растеж изискват — в съответствие с изложеното в съображение 54 от обжалваното решение становище на Федерална република Германия — само увеличение на първичния капитал в значително по-нисък размер от този на спорната вноска, дори на предвидените с прогресивния модел траншове.

44 Посочените от жалбоподателя изявления на председателя на управителния съвет на Helaba, публикувани в германския печат през 1998 г., не опровергават тази констатация. Всъщност зависимостта на Helaba от спорната вноска изобщо не може да се изведе от твърдението на председателя, според което „[а]ко международното развитие го допуска, [Helaba] [би] жела[ла] да получи [специалния фонд] под формата на собствен капитал срещу съответстващо на пазарните условия възнаграждение“. Също така не може да се направи извод за наличието на спешна необходимост от собствени средства от твърдението му, че „поне в дългосрочна перспектива [би] следва[ло] да се постави въпросът за набавянето от Helaba на собствен капитал“.

45 От тези твърдения действително следва, че Helaba има интерес от спорната вноска и че последната трябва да позволи на Helaba да удовлетвори необходимостта си от собствени средства за известен брой години, както и да увеличи своите рискови дейности. Всъщност Helaba предлага да придобие специалния фонд под формата на скрита вноска само поради обстоятелството, че очаква да получава печалба от него. Това обаче не означава, че тя зависи от спорната вноска или че не би могла да увеличи първичния си капитал, обръщайки се към частни инвеститори.

46 Що се отнася до положението на провинцията, от обжалваното решение и от преписката по делото следва, че тя желае да реализира допълнителни приходи, използвайки портфейла от помощи за строителство на социални жилища за други цели; че тя все пак не иска да го продаде, за да може да запази предназначението му за дейности по предоставяне на помощ; че тя не желае да го разделя

между няколко институции — поради обстоятелството, от една страна, че като револвиращ фонд той трябва да се рефинансира с връщане на отпуснатите заеми, и от друга, поради произтичащите от това разходи и загуба на гъвкавост при управлението на помощта, — както и че тя желае да организира управлението на имуществото по възможно най-ефикасния и евтин начин (съображение 20 от обжалваното решение).

47 Helaba изразява готовност да придобие и управлява целия портфейл от помощи на специалния фонд. Фактът, че Helaba вече управлява средства и програми за помощ, и обстоятелството, че става въпрос за банка — публичноправен субект, върху която провинцията извършва надзор и разполага с по-добри средства, за да следи платежоспособността и развитието ѝ, по-специално убеждават провинцията, че Helaba е подходящият партньор. Кооперативните банки действително проявяват спонтанен интерес към специалния фонд, но желаят провинцията да го продаде. Освен това независимо от твърдението, че договореното възнаграждение за спорната вноска е много ниско, и от факта, че намерението на провинцията да прехвърли фонда е оповестено, като то е станало известно на жалбоподателя най-късно през лятото на 1998 г., за разлика от кооперативните банки големите частни банки не са представили конкурентни оферти.

48 Ето защо в светлината на тази обстановка следва да се разгледат доводите на страните и да се определи дали Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки по същество, че произтичащата за Helaba финансова тежест от частта от специалния фонд, която тя може да използва за гарантиране на търговските си дейности, не е по-малка от тежестта, която тя би понесла при нормални пазарни условия, за да получи същите предимства, и следователно че спорната вноска не включва държавна помощ.

49 Като се има предвид, че един от доводите на жалбоподателя относно твърдяната неправилна квалификация на спорната вноска като скрита вноска и относно твърдяното ниско възнаграждение е изведен от много големия размер

на вноската, както и че Комисията възразява срещу този довод, основавайки се на прогресивния модел, този въпрос следва да се разгледа на първо място.

2. *Относно отчитането на прогресивния модел*

а) Обжалваното решение

50 Както бе посочено в точка 11 по-горе, според Комисията възнаграждението за частта от спорната вноска, която е на разположение на Helaba за гарантиране на търговските ѝ дейности, трябва да се разграничава от възнаграждението за частта от вноската, която по различни причини не е на разположение.

51 Що се отнася до определянето на частта от спорната вноска, която е на разположение на Helaba за гарантиране на търговските ѝ дейности, Комисията приема да отчита договорения между страните прогресивен модел, съгласно който през първите четири години след прехвърляне на спорната вноска определеното в договора възнаграждение от 1,4 % се плаща не за пълния размер на вноската, с изключение на частта, необходима, за да се гарантират дейностите по предоставяне на помощ за строителство на социални жилища, а за предварително договорени траншове. Комисията обосновава приемането на прогресивния модел, изтъквайки, от една страна, че макар Helaba фактически да има възможност да използва средствата от самото начало, последната е посочила, че внесените с цел гарантиране на търговските ѝ дейности активи са ѝ нужни само поетапно, и от друга страна, че в рамките на договорените траншове е отчитана възможността за използване, а не реалното използване. Според Комисията частен инвеститор в положението на провинцията, който не желае да разделя специалния фонд, не би бил в състояние да постигне по-бързо увеличение на капиталовата база, като за това трябва да се заплати възнаграждение в договорения размер от 1,4 % (съображения 143—146 от обжалваното решение). Тя обаче приема, че за частта от спорната вноска, която надхвърля договорените

траншове, трябва да се заплати възнаграждение в размер от 0,3 % (съображения 142, 191 и 192 от обжалваното решение).

б) Доводи на страните

52 Жалбоподателят твърди, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че прогресивният модел е в съответствие с критерия за частния инвеститор. Той поддържа, както признала и самата Комисия, че въпросът, дали емитентът реално използва цялата сума за гарантиране на търговските си дейности, е ирелевантен за инвеститора, тъй като за последния от значение бил единствено фактът, че е предоставил имуществото си на разположение на банката, отказвайки се по този начин от възможността да го ползва и рискувайки да го загуби.

53 Той счита, че изложените от Комисията съображения, за да приеме въпреки всичко прогресивния модел, са неправилни.

54 Що се отнася до факта, че Helaba уведомява провинцията, че няма да ползва пълния размер на спорната вноска от самото начало, според жалбоподателя, въпреки че Helaba може би е постъпила разумно от икономическа гледна точка, настоявайки за прогресивния модел, случаят не е такъв за провинцията, тъй като при тези обстоятелства частен инвеститор не би се отказал от част от възнаграждението си, а би търсил други възможности за инвестиране, позволяващи му да максимизира печалбите си, или поне би прехвърлил специалния фонд поетапно, в зависимост от нуждите на Helaba. По време на съдебното заседание в отговор на въпрос на Общия съд жалбоподателят обаче твърди, че въпросът в случая е не дали провинцията трябва да прехвърли поетапно своя специален фонд, или да се опитва да го пласира другаде, а дали тя не трябва да изисква възнаграждение за целия размер на прехвърлените средства.

55 Жалбоподателят твърди, за разлика от твърдяното от Комисията, че последната дерогира следваната от нея практика в преписките във връзка с останалите Landesbanken. Така според него в представената от Комисията писмена защита в производството, довело до постановяването на Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, тя поддържа, че никой частен инвеститор не би предоставил капитали на разположение на предприятие, приемайки да получава само частично възнаграждение, по съображение че този размер всъщност надвишавал реалните нужди на предприятието.

56 По отношение на факта, че възнаграждението трябва да се изплаща съгласно договорените между страните траншове независимо от въпроса дали Helaba е ползвала пълния размер на тези суми, той изтъква, че в договора няма клауза, която да забранява на Helaba да използва спорната вноска, за да извършва дейности, като надхвърля референтните суми. Ето защо според него установяването на споменатите референтни суми не представлява предимство за провинцията, тъй като е възможно Helaba да използва сума с по-висок размер с гаранционна цел. От друга страна, жалбоподателят счита, че частен инвеститор би поискал възнаграждение за предимството от гледна точка на рейтинга, от което се ползва Helaba поради увеличението на първичния ѝ капитал.

57 Комисията, подпомагана от провинцията и от Helaba, оспорва тези доводи.

в) Съображения на Общия съд

58 Най-напред, следва да се установи, както признава и самият жалбоподател в съдебното заседание, че въпросът, какви алтернативни възможности за инвестиране са могли да бъдат интересни за провинцията, в случая е ирелевантен. Всъщност е необходимо да се определи не дали провинцията е могла да получи по-висок приход от специалния си фонд, инвестирайки го по друг начин или в

друго предприятие, а дали като инвестира въпросния специален фонд в Helaba при договорените условия, провинцията е предоставила предимство на Helaba, което последната иначе не би могла да получи.

59 На следващо място, следва да се отбележи, че за страните е безспорно, че частен инвеститор, който предоставя капитала си на разположение на банка под формата на първичен капитал за нея и с това се отказва да го ползва и рискува да го загуби, ще поиска възнаграждение за пълния размер на прехвърления капитал. Така в обжалваното решение Комисията приема, че трябва да се плаща възнаграждение за целия размер на спорната вноска, и то от първия ден, в който тя е прехвърлена на Helaba, тъй като от този момент провинцията рискува да я загуби, а Helaba може да извлича печалба от нея (съображения 142, 155, 191 и 192 от обжалваното решение).

60 Комисията обаче счита, че частен инвеститор би приел възнаграждение в два различни процента според функцията, изпълнявана от всяка от частите на спорната вноска (съображения 142, 143 и 191—193 от обжалваното решение). Така тя приема, че частен инвеститор, от една страна, би приел договореното от провинцията и Helaba възнаграждение за частта от спорната вноска, която последната може да използва за разширяване на търговските си дейности, и от друга, би поискал възнаграждение от 0,3 % за остатъка от спорната вноска именно поради предимството от гледна точка на рейтинга, предоставено на Helaba с включването на вноската от първия ден като първичен капитал. След като провинцията не поисква възнаграждение за частта от спорната вноска, която не е имало възможност да бъде използвана за разширяване на търговските дейности на Helaba, Комисията прави извод, че за периода от 31 декември 1998 г. до 31 декември 2003 г. е налице държавна помощ в размер на 6,09 милиона евро, и задължава Федерална република Германия да си я възстанови.

61 Жалбоподателят критикува преценката на Комисията, според която при обстоятелствата в случая частен инвеститор би приел прогресивния модел и следователно би приел, след като от гледна точка на законодателството относно надзора

част от фонда може да се използва за гарантиране на търговските дейности на Helaba — а именно частта от спорната вноска, която надхвърля траншовете на прогресивния модел и не е необходима, за да се гарантират дейностите по предоставяне на помощ от специалния фонд за строителството на социални жилища, — че през първите години за тази част може да не се заплаща възнаграждение в същия процент, както за останалата част от споменатия фонд.

62 На първо място, той изтъква, както признава и самата Комисия в обжалваното решение и както тя потвърждава в преписката WestLB, че частен инвеститор не би приел доходът му да зависи от размера на реално използвания собствен капитал.

63 В това отношение следва да се установи, че основата за договореното между страните възнаграждение не зависи, дори през първите години, след като е направена спорната вноска, от реално използваната сума от въпросната вноска. Всъщност от обжалваното решение е видно, че Helaba трябва да плаща възнаграждение на провинцията за съвкупния размер на договорените траншове, независимо от фактическата им употреба за разширяване на нейните търговски дейности. В края на периода на прилагане на прогресивния модел, т.е. от 2003 г. нататък, договореното между страните възнаграждение е трябвало да се заплаща за цялата спорна вноска, с изключение на частта, с която следва да се гарантират дейностите по предоставяне на помощ за строителство на социални жилища, независимо от фактически използваната от Helaba сума за гарантиране на търговските ѝ дейности. Ето защо обжалваното решение е в съответствие с принципа, на който се позовава жалбоподателят, че частен инвеститор не би приел доходът му да зависи от размера на реално използвания собствен капитал.

64 На второ място, жалбоподателят твърди, че проведеното от Комисията разграничение според това, дали, както в настоящия случай, капиталът не следва да се използва за разширяване на дейностите, тъй като банката предварително обявява, че няма нужда от него и няма да го използва, или той може да се използва свободно, е без значение за инвеститора, тъй като и в двата случая той вече не разполага с капитала. Жалбоподателят поддържа, че във всеки случай сключеното между провинцията и Helaba споразумение не защитава провинцията,

понеже не съдържа задължение за Helaba да използва прехвърлените средства единствено до размера на договорените траншове.

65 Що се отнася до твърдението на жалбоподателя, според което за инвеститора е без значение фактът, че Helaba обявява, че няма непосредствена необходимост от общия размер на средствата, следва да се припомни съдебната практика (вж. точка 36 по-горе), съгласно която съответствието с пазара на дадена операция не може да се преценява от гледна точка единствено на инвеститора, а трябва да се прецени като се отчита взаимодействието между отделните икономически оператори и обстановката, в която е извършена операцията.

66 Жалбоподателят обаче не представя доводи, позволяващи да се приеме, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че в положение като настоящото — което се характеризира, от една страна, с желанието на провинцията да инвестира неликвидно имущество, което не желае да раздели, и от друга страна, с това, че Helaba няма нито краткосрочна, нито дългосрочна необходимост от капитал в размер на специалния фонд — частен инвеститор не би могъл незабавно да започне да получава от банката възнаграждението за цялата спорна вноска в процента, възприет относно възнаграждението за свързаната с разширяване на търговските дейности на банката функция. Напротив, самият жалбоподател твърди, че Helaba вероятно е постъпила разумно, настоявайки за прогресивния модел.

67 Във всеки случай не изглежда явно неправилно да се счита, че дадена банка няма да приеме да плаща процента, съответстващ на възнаграждението за свързаната с разширяване на търговските дейности функция, по отношение на средства, за които тя предварително е наясно, че няма да е в състояние да използва за тази цел. Всъщност, макар тези средства да могат да ѝ дадат възможност, както изтъква Комисията, да увеличи платежоспособността си или да избегне влошаване на положението и следователно да намали или запази своите разходи за финансиране, те не ѝ позволяват да получава допълнителни доходи от нови операции.

68 Ето защо при обстоятелствата в настоящия случай частен инвеститор, намиращ се в положението на провинцията, би следвало да отчете факта, че поради невъзможността Helaba да използва незабавно цялата налична вноска от гледна точка на законодателството относно надзора, за да разшири своите търговски дейности, частта от вноската, която тя не може да използва, не изпълнява същата икономическа функция за нея като тази на частта, която тя е в състояние да използва.

69 Това обстоятелство действително не обосновава отказа на провинцията от каквото и да било възнаграждение за средствата, които Helaba не може да ползва и които все пак са ѝ прехвърлени, за да не бъде разделен специалният фонд. След като споменатите средства служат като гаранция на дълговете на Helaba още от първия ден, следователно от този момент за тях съществува известен риск от загуба и те предоставят на Helaba предимство от гледна точка на рейтинг и репутация. Комисията изисква да се плаща възнаграждение от 0,3 % годишно за тази част от спорната вноска именно за да осигури възнаграждение за поетия от провинцията риск и за предоставеното на Helaba предимство.

70 Що се отнася до факта, че в договора не е предвидена клауза, с която Helaba да се задължава да не използва надвишаващи договорените траншове суми, за да разширява търговските си дейности, следва да се установи, че поради това обстоятелство не може да се приеме за явно неправилна преценката на Комисията, според която частта от спорната вноска, надхвърляща траншовете, не изпълнява функция на разширяване на търговски дейности. Всъщност трябва да се отбележи, че провинцията успява да постигне траншовете да бъдат определени на равнище, много по-високо от това, което е необходимо от гледна точка на нуждата от капитал на Helaba, произтичаща от нейния план за дейност, и така гарантира, че траншовете няма да бъдат надвишени. На практика от становището на Федерална република Германия, изложено в съображение 54 от обжалваното решение и потвърдено от жалбоподателя и от Helaba в писмените им изявления, е видно, че траншовете са определени на около 384 милиона (1999 г.), 614 милиона (2000 г.), 818 милиона (2001 г.) и 1,02 милиарда (2002 г.) евро, докато съгласно планирания годишен растеж банката е имала нужда от около 150 милиона евро годишно.

71 На последно място, следва да се отбележи, че жалбоподателят, който се съсредоточава върху положението на провинцията като инвеститор, не изяснява защо възприетото от Комисията разрешение, състоящо се в приемане на прогресивния модел и в изискване да се плаща възнаграждение от 0,3 % за частта от вноската, надхвърляща договорените траншове, включва конкурентно предимство за Helaba, което тя не би могла да получи при пазарни условия.

72 Ето защо Комисията не е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че при обстоятелствата в случая фактът, че между 1999 г. и 2002 г. Helaba не изплаща възнаграждение в размер, съответстващ на функцията на разширяване на търговските дейности, за частта от капитала, която макар да е възможно да се използва от гледна точка на законодателството относно надзора, за да се гарантират търговските дейности, не е използвана за тази цел, не води до предимство, което Helaba не би могла да получи при пазарни условия.

73 Този извод не може да се опровергае с довода на жалбоподателя, че приемайки прогресивния модел, в случая Комисията се отклонява от предходната си практика, в частност от защитаваната от нея позиция в съдебното производство относно Решение по преписка WestLB от 1999 г. Всъщност в това отношение следва да се установи, че Общият съд е отменил споменатото решение с Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, както и че приетото от Комисията след посочената отмяна решение — а именно Решение 2006/737/ЕО от 20 октомври 2004 година относно помощ, предоставена от Германия на Westdeutsche Landesbank — Girozentrale, понастоящем WestLB AG (ОВ L 307, 2006 г., стр. 22, наричано по-нататък „Решение по преписка WestLB от 2004 г.“) — повече не изисква да се плаща добавка към процента на възнаграждението, което Комисията обосновава с приведения от жалбоподателя довод. Във всеки случай не може да се счита, че Комисията приема провинцията да получава само частично възнаграждение за частта от спорната вноска, която може да се използва, от гледна точка на законодателството относно надзора, за да се разширят търговските дейности на Helaba. Всъщност Комисията по същество приема, че след компромиса, резултат от който е прогресивният модел, провинцията не оставя използването на прехвърлените средства на търговската преценка на Helaba, както и че с изискването да се плаща възнаграждение от 0,3 % за частта от спорната вноска, надхвърляща предвидените траншове, провинцията получава не частично възнаграждение, а подходящо възнаграждение за всяка част от вноската според функцията, която тя има за Helaba.

74 От изложеното дотук следва, че настоящото оплакване трябва да се отхвърли.

3. *По оплакването, според което Комисията неправилно квалифицира спорната вноска като „нормална“ скрита вноска, а не като инвестиция в дружествения капитал*

а) Обжалваното решение

75 Комисията обобщава представените пред нея доводи, посочвайки, че според жалбоподателя „единствената правна форма на разположение на Helaba […] е тази на участие в дружествения капитал“ [неофициален превод] и че следователно със спорната вноска е направена „злоупотреба с „нормалната“ форма на скритата вноска“ [неофициален превод]. Комисията също така посочва, че по мнение на жалбоподателя, икономически погледнато, спорната вноска има такива сходства с дружествения капитал, че инвеститорът би поискал лихви, съответстващи на възнаграждението за участие в дружествения капитал. Според Федерална република Германия обаче „на разположение е и друга правна форма, а именно скритата вноска за неопределен срок“ (наричана по-нататък „perpetual“) (съображения 127 и 128 от обжалваното решение).

76 На първо място, Комисията отбелязва, че скритата вноска е изрично определена като такава между провинцията и Helaba и че е призната като такава и от компетентните германски органи (съображение 129 от обжалваното решение).

77 На второ място, Комисията твърди, че що се отнася до анализа на риска, спорната вноска е по-близка до „нормална“ скрита вноска, т.е. за определен срок, отколкото до инвестиция в дружествения капитал. За нея в това отношение е от основно значение фактът, както изяснила Федерална република Германия,

основавайки се на експертен доклад, че в случай на несъстоятелност спорната вноска би трябвало, подобно на останалите „нормални“ скрити вноски, да се изплати обратно преди дружествения капитал. Тя добавя, че докато предприятието не реализира загуби както провинцията, така и инвеститорът, направил скрита вноска за определен срок, получават пълния размер на договореното възнаграждение, докато инвеститорът в дружествения капитал има право да му се заплати единствено дивидент, съразмерен на печалбата (съображения 130—132 от обжалваното решение).

78 На трето място, Комисията изяснява защо според нея приведените от жалбоподателя доводи в хода на административното производство не са достатъчни, за да опровергаят този извод.

79 Така, първо, Комисията отхвърля довода на жалбоподателя, че спорната вноска трябвало да се сравни, както било направено в преписката WestLB, с инвестиция в дружествения капитал поради значителния ѝ размер, с който първичният капитал на Helaba се увеличава дългосрочно с почти 50 %. В това отношение тя изтъква, че Helaba могла без проблем да покрие прогнозната си нужда от капитали за периода 1998—2002 г., получавайки от различни институционални инвеститори няколко скрити вноски с по-малък размер на определени във времето интервали (съображение 133 от обжалваното решение).

80 Второ, Комисията отхвърля довода на жалбоподателя, че поради спорната вноска частта на дружествения капитал от общия размер на собствения капитал (наричана по-нататък „буфера на дружествения капитал“) на Helaba не надвишава 50 %, докато тази на частните кредитни институции е над 80 %. Според Комисията това обстоятелство не налага да се приеме, че частен инвеститор не би направил спорната вноска, след като Федерална република Германия е показала, че регионалните банки по-често прибягват до скрити вноски над максималния предел от 15 %, които отчасти са от частни инвеститори (съображение 134 от обжалваното решение).

81 Трето, що се отнася до последиците от трайния характер на спорната вноска за равнището на риска, Комисията отхвърля доводите на жалбоподателя, според които институционалните инвеститори имали готовност да придобиват единствено хибридни инструменти на собствения капитал за определен срок или инструменти, за които може да се предполага, че е възможно да бъдат изплатени обратно, тъй като процентът на разпределение нараства прогресивно. Според нея трайният характер на вноската включва главно риск за инвеститора да не може да се ползва от увеличения на лихвите на пазара, но няма отражение върху риска от загуба. От това Комисията прави извод, че трайният характер на спорната вноска в случая не обосновава, с оглед контрола на подходящото равнище на договореното възнаграждение, споменатата вноска да се сравнява с възнаграждението за участие в дружествения капитал, вместо да се сравни с възнаграждението за скрити вноски (съображения 136 и 138 от обжалваното решение).

82 От това Комисията заключава, че специалният фонд на провинцията е включен „безспорно под правната форма на скрита вноска, която е много по-сходна с други скрити вноски, отколкото с инвестиция в дружествения капитал“ [неофициален превод]. В това отношение тя изтъква, че „[д]оказателствата, с които [тя] разполага, също така не са достатъчни, за да може да направи извод, че вноска в капитала, която всъщност представлявала инвестиция в дружествения капитал, е неправомерно квалифицирана като скрита вноска“ [неофициален превод]. Комисията счита, че „[с]ледователно възнаграждението за [спорната вноска] трябва да се основава на възнаграждението за „нормалните“ скрити вноски, т.е. за скрити вноски за определен срок, чийто размер съответства на обичайно наблюдавания на пазара и към възнаграждението за които евентуално може да бъде плащана добавка“ [неофициален превод] (съображение 139 от обжалваното решение).

б) Доводи на страните

83 Жалбоподателят изтъква, че спорната вноска не трябвало да се квалифицира като „нормална“ скрита вноска и следователно че възнаграждението за нея не следвало да се сравнява с това за скрити вноски за определен срок, емитирани на пазара.

84 Той подчертава, че Комисията проверила дали страните неправомерно са квалифицирали спорната вноска като скрита вноска, а не като инвестиция в дружествения капитал, и разгледала икономическите характеристики на спорната вноска само като второстепенен въпрос. Той посочва, че тези разсъждения са неправилни, доколкото в случая не ставало въпрос да се установи дали е налице неправомерност, а от икономическа гледна точка да се провери дали спорната вноска е по-сходна с други скрити вноски на пазара или с инвестиции в дружествения капитал.

85 Според жалбоподателя, обратно на извода на Комисията, спорната вноска се различава в правно и икономическо отношение от модела на скрита вноска, който следва от дружественото право, или от емитираните на пазара скрити вноски за определен срок, признати като първичен капитал, и има особена структура, която е пречка тя да се сравнява със скритите вноски, избрани от Комисията за тази цел. В допълнение, той счита, че Комисията не е направила преценката си към момента на извършване на спорната вноска и освен това че тя неправилно е преценила положението на пазара към съответния момент.

86 На първо място, що се отнася до правните особености на спорната вноска, жалбоподателят изтъква, че формално погледнато, посочената вноска не представлява „нормална“ скрита вноска по смисъла на германското дружествено право именно поради обстоятелството, че с нея трябвало да се отговори на поставените от закона и от декларацията от Сидни условия, за да може да се приеме, че е част от първичния капитал на Helaba, и то над максималния предел от 15 %.

87 На второ място, що се отнася до икономическите особености на спорната вноска, жалбоподателят споменава пет елемента, които доближавали профила на риска на спорната вноска по-скоро до този на инвестиция в дружествения капитал, отколкото до профила на скрити вноски за определен срок: нейния размер, гаранционната ѝ функция, профила на рентабилността ѝ, защитата на

инвестираните капитали, както и нейната продължителност и невъзможността да бъде прехвърлена.

88 На трето място, що се отнася до положението на пазара към момента на извършване на вноската, жалбоподателят изтъква, че Комисията е нарушила критерия за частния инвеститор, избирайки неправилен референтен период. Така той поддържа, че Комисията е основала извода си, според който спорната вноска трябва да се сравни със скрити вноски за определен срок, на информация за практиката на частните банки през периода след датата на извършване на спорната вноска.

89 Жалбоподателят освен това оспорва твърденията на Комисията, от една страна, че към момента на извършване на спорната вноска в Германия съществувал развит пазар на хибридни инструменти на собствения капитал и от друга страна, че Helaba можела да покрие своята нужда от капитал и чрез емитиране на скритата вноска на няколко по-малки транша. Той по-конкретно посочва, че въпросът е не какво би могла да направи Helaba, за да се снабди със средства, а дали частен инвеститор би ѝ предоставил вноска от същия характер и при същите условия, както спорната вноска.

90 Комисията и встъпилите страни оспорват тези доводи.

в) Съображения на Общия съд

91 Като начало следва да се изясни позицията на страните относно значението за разрешаването на настоящия спор на правната форма, избрана от Helaba и от провинцията за спорната вноска.

92 От обжалваното решение, и по-конкретно от съображения 127, 128 и 139 от него (вж. точки 75 и 82 по-горе), следва, че Комисията тълкува изложените от жалбоподателя доводи в хода на административното производство като целящи да се установи, че правната форма на скритата вноска е използвана неправомерно.

93 Жалбоподателят оспорва това тълкуване в жалбата си и изтъква, че никога не е твърдял, че от правна гледна точка спорната вноска представлява дружествен капитал. Според него в административното производство той е твърдял, че от икономическа гледна точка спорната вноска значително се различава от скрита вноска поради конкретната си структура и че тя силно се доближава до дружествения капитал, така че частен инвеститор би поискал за посочената вноска възнаграждение, което съответства на профила на риска на дружествения капитал. От друга страна, той разглежда правните характеристики на спорната вноска и изтъква, че твърдението на Комисията, според което спорната вноска е сходна с „нормални“ скрити вноски, не издържа на задълбочен анализ на правната структура на споменатата вноска и че тя има съществени отлики от „нормална“ скрита вноска, която съответства на произтичащия от дружественото право модел.

94 От писмените изявления на страните, разгледани като цяло, обаче следва, че въпросът, дали Комисията е тълкувала правилно изтъкнатите от жалбоподателя доводи в административното производство, не е реалният предмет на настоящия спор. От доводите на страните всъщност е видно, че за тях е безспорно, че спорната вноска е правомерно квалифицирана от провинцията и от Helaba като скрита вноска и е призната за такава от германските органи. Те не спорят и относно факта, че особеностите на спорната вноска не са попречили на провинцията и на Helaba да използват правната форма на скрита вноска.

95 Така страните съсредоточават доводите си относно квалифицирането на спорната вноска, за да се определят референтните операции, върху въпроса дали тя има такива сходства с дружествения капитал от гледна точка на профила на риска, че частен инвеститор би поискал възнаграждение, което съответства на възнаграждението за участие в дружествения капитал, или е по-близка до скрити вноски за определен срок, признати като първичен капитал, така че

възнаграждението за нея да може да се сравни с възнаграждението за споменатите скрити вноски.

96 В това отношение следва да се отбележи, че сравнението на спорната вноска с други хибридни инструменти представлява въпрос с известна икономическа сложност, по който Комисията разполага с широко правомощие за преценка (Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, точка 351).

97 Освен това квалифицирането на спорната вноска като скрита вноска за определен срок или като инвестиция в дружествения капитал е само аналитичен инструмент, използван от Комисията в процеса на прилагане на член 87, параграф 1 ЕО (вж. в този смисъл Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, точка 250).

98 Ето защо преценката на Комисията в това отношение не позволява автоматично да се определи наличието на държавна помощ и размерът ѝ, а единствено позволява на Комисията да разполага за преценката си с изходна точка, отчитаща условията, при които частните инвеститори са извършили възможно най-сходните операции. Следователно изводът на Комисията по този въпрос не я освобождава от задължението ѝ да направи пълен анализ на всички релевантни елементи на спорната операция и на контекста ѝ, включително на положението на предприятието получател и на съответния пазар, за да се провери дали това предприятие получава икономическо предимство, което не би получило в нормални пазарни условия (вж. в този смисъл Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, точки 251 и 257).

99 Необходимо е да се разгледат доводите на страните относно различните характеристики на спорната вноска, като най-напред се изследват доводите във връзка с характеристиките, на които Комисията преимуществено се основава, за да приеме, че възнаграждението за спорната вноска трябва да се сравни с това за скрити вноски за определен срок; на следващо място, следва да се

разгледат тези във връзка с характеристиките на спорната вноска, които според Комисията не са пречка за въпросното сравнение; и на последно място — тези във връзка с характеристиките на спорната вноска, които не са изтъкнати по време на административното производство и не са разгледани в обжалваното решение. Необходимо е също така да се разгледат критиките на жалбоподателя относно референтния период, взет предвид от Комисията с оглед прилагането на критерия за частния инвеститор.

Относно характеристиките, на които се основава Комисията, за да приеме, че възнаграждението за спорната вноска трябва да се сравни с възнаграждение за скрити вноски за определен срок

— Риск от загуба в случай на несъстоятелност или ликвидация

100 Комисията приема, че за спорната вноска съществува същият риск при несъстоятелност или ликвидация като този за скритите вноски за определен срок, които са на пазара, тъй като в подобен случай тя трябвало да се изплати обратно преди дружествения капитал. В това отношение Комисията се основава на разпоредбите на договора, както и на представен от Федерална република Германия експертен доклад (съображение 131 от обжалваното решение).

101 Релевантните разпоредби на договора са членове 3 и 9. Член 3, алинея 2 относно „Участие в загубите“ предвижда:

„[О]тношението между вземанията на направилото вноската лице и тези на други инвеститори по смисъла на член 10 от [Kreditwesengesetz] се определя от реда във времето на капиталовите вноски в банката, т.е. привилегия имат вземанията за по-рано направени капиталови инвестиции. Ако капиталовите вноски са направени по едно и също време, вземанията се удовлетворяват съразмерно на дела от капитала с гаранционна функция, който те представляват по

смисъла на член 10, параграфи 4 и 5 от [Kreditwesengesetz]. За вноските съгласно член 10, параграф 4 от [Kreditwesengesetz] релевантна е датата, на която е направена вноската; за правата на участие релевантна е датата, от която се счита, че пораждат действие."

102 Член 9 относно „По-заден ред при предпочтително удовлетворение" предвижда:

„В случай на несъстоятелност или на ликвидация вземането се удовлетворява — извън случаите на член 3, алинея 2 […] — едва след като са удовлетворени всички кредитори на банката, с изключение на частните инвеститори от по-заден ред, съгласно член 10 от [Kreditwesengesetz]."

103 В представения от Федерална република Германия експертен доклад се посочва:

„Член 3, алинея 2 от договора по никакъв начин не променя предвидената от закона привилегия с оглед обратно изплащане на скритата вноска от евентуалния остатък при несъстоятелност или ликвидация на банката. Това се доказва, на първо място, от структурата на разпоредбата, в изречение второ от която се споменава единствено собственият капитал по смисъла на член 10, параграфи 4 и 5 от [Kreditwesengesetz], а в изречение трето от нея се определя датата, установяваща реда във времето за целите на тази разпоредба, само за скритата вноска и правата на участие."

104 Жалбоподателят изтъква първо, че макар скритата вноска поначало да трябва да се изплати обратно преди дружествения капитал, с оглед на текста на договора остава открит въпросът дали това е така и по отношение на спорната вноска. Той също така поддържа, че не му е известно на какви данни се основава авторът на цитирания от Комисията експертен доклад, за да стигне до извода, в противоречие с текста на договора, че спорната вноска трябва да се изплати обратно преди дружествения капитал. В писмената си реплика той твърди, че след като предоставилите първичен капитал кредитори са удовлетворени според реда

във времето на своята вноска съгласно член 3, алинея 2 и член 9 от договора, провинцията трябвало да изходи от принципа, че би се удовлетворила последна в случай на несъстоятелност или на ликвидация на Helaba, не само след всички „нормални“ кредитори, но и след всички инвеститори в първичния капитал и следователно след инвеститорите в дружествения капитал.

105 В това отношение следва да се установи, от една страна, че в договора не е предвидено изрично, че спорната вноска трябва да се изплати обратно след дружествения капитал, и от друга, че позоваването на „други инвеститори по смисъла на член 10 от [Kreditwesengesetz]“ в първото изречение на член 3, алинея 2 от договора създава трудност при тълкуването дали привилегията на вземанията за внесени по-рано капитали се отнася и до вноските в дружествения капитал.

106 От една страна, обаче следва да се отбележи, че макар в някои пасажи от писмените си становища жалбоподателят да твърди, че в договора се предвижда обратното изплащане на спорната вноска след дружествения капитал, в жалбата си той също така изтъква, че остава открит въпросът дали диспозитивната норма — според която скритите вноски трябва да се изплатят обратно преди дружествения капитал — е приложима спрямо спорната вноска. От друга страна, независимо от факта, че по искане на Общия съд му е предоставен споменатият от Комисията експертен доклад, жалбоподателят не е изложил доводи, за да оспори тълкуването на автора на експертния доклад, според който позоваването на „други инвеститори по смисъла на член 10 от [Kreditwesengesetz]“ в първото изречение на член 3, алинея 2 от договора трябва да се разбира в светлината на изречения второ и трето от тази разпоредба, свързани със скритите вноски и с правата на участие, но не и с дружествения капитал.

107 При това положение се налага изводът, че доводите на жалбоподателя не дават възможност да се приеме, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки с оглед на представения от Федерална република Германия експертен доклад, че в случай на несъстоятелност или на ликвидация спорната вноска трябва да се изплати обратно преди дружествения капитал. Всъщност фактът, че жалбоподателят тълкува договора по начин, различен от възприетия

в експертния доклад, от Комисията и от страните по спорната вноска, сам по себе си не е достатъчен, за да се докаже наличието на явна грешка в преценката.

108 Жалбоподателят, на второ място, изтъква, че дори ако спорната вноска трябва да се изплати обратно преди дружествения капитал, рискът от загуба бил подобен на този за дружествения капитал, след като в случай на несъстоятелност кредиторите от по-заден ред и инвеститорите в дружествения капитал на практика не получават нищо.

109 В това отношение е достатъчно да се установи, че дори да се предположи, че всички случаи на банкова несъстоятелност включват както за собствениците, така и за кредиторите от по-заден ред пълна загуба на техния капитал — нещо, което Комисията и встъпилите страни оспорват, — тази характеристика е обща за всички скрити вноски, признати като първичен капитал, тъй като всички те непременно са вземания от по-заден ред. Следователно тази характеристика на спорната вноска, дори да е обща с дружествения капитал, не я отграничава от скритите вноски, признати като първичен капитал.

110 При това положение е необходимо да се възприеме възгледът, според който доводите на жалбоподателя не дават основание да се счита, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че в случай на несъстоятелност или на ликвидация рискът за спорната вноска е същият като този за скритите вноски.

— Профил на рентабилност

111 Според Комисията спорната вноска представлява нормална скрита вноска, доколкото провинцията, подобно на инвеститор, направил скрита вноска за определен срок, получава пълния размер на договореното възнаграждение, докато предприятието не реализира загуби, а инвеститорът в дружествения

капитал има право да му се заплати единствено дивидент, съразмерен на печалбата (съображение 132 от обжалваното решение).

112 Жалбоподателят оспорва тази преценка и твърди, че както фиксираното, така и променливото възнаграждение е възможно да се използват за дружествен капитал и за скрити вноски, като и едното, и другото могат да се окажат по-изгодни в зависимост от резултатите на банката. В това отношение той изтъква, че в преписката WestLB Комисията сравнява разглежданата операция с инвестиция в дружествения капитал въпреки факта, че разглежданото възнаграждение е фиксирано. Той добавя, че във всеки случай основният въпрос от гледна точка на инвеститора е дали плащането на възнаграждението зависи от реализирането на печалби. Според него настоящият случай е точно такъв, тъй като провинцията получава пълния размер на възнаграждението си единствено ако печалбата на Helaba е поне равна на възнаграждението и ако за тази цел не е необходимо рефинансиране.

113 Що се отнася, на първо място, до фиксирания или променливия характер на възнаграждението, като начало следва да се приеме, че в случая трябва не да се установи кой е по-изгоден в конкретно положение, а да се определи дали Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че обстоятелството, че договореното между страните възнаграждение е фиксирано и поначало трябва да се плаща, докато Helaba не реализира загуби, доближава спорната вноска повече до скрити вноски за определен срок, отколкото до дружествен капитал, тъй като този начин на възнаграждение е характерен за скритите вноски.

114 В това отношение Helaba уместно изтъква, че дори когато за дружествен капитал е предвидено фиксирано възнаграждение, реалните печалби на собствениците на банката от инвестицията им са винаги променливи. Всъщност, след като печалбата, надхвърляща изплащаното фиксирано възнаграждение, увеличава банковите резерви, които трябва да бъдат разпределени при ликвидация или имат положително отражение върху стойността на акциите, печалбите на инвеститора в дружествения капитал ще надхвърлят полученото от него възнаграждение. При това положение крайният размер не може да бъде предварително предвиден, което прави променливо крайното възнаграждение за инвестицията.

115 Helaba също така подчертава, без да е опровергана от жалбоподателя, че в представеното от самия жалбоподател изследване относно хибридния първичен капитал се посочва, че най-добрият първичен капитал е този под формата на дружествен капитал, тъй като само той по-специално не поражда фиксирани задължения за плащане.

116 Така от посоченото следва, че макар може би случаят не винаги да е такъв, всъщност е обичайно за скритите вноски да се плаща фиксирано възнаграждение, а за капитала — променливи дивиденти. Във всеки случай, докато възнаграждението за скрити вноски трябва задължително да се изплаща от момента, в който предвидените в договора условия са изпълнени, собствениците могат да използват печалбите по различни начини, като включване в резервите или разпределение на печалби, като това по принцип зависи от волята на мнозинството.

117 Този извод не се опровергава от довода на жалбоподателя, изведен от Решение по преписка WestLB от 1999 г. От една страна, необходимо е да се напомни, че това решение е отменено от Общия съд с Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе. От друга страна, доколкото доводът на жалбоподателя би могъл да се разглежда като отнасящ се до Решение по преписка WestLB от 2004 г., фактът, че според Комисията възнаграждението за прехвърления капитал при разглежданата операция е трябвало да се сравни с възнаграждението за участие в дружествения капитал, не означава, че профилът на рентабилност на споменатата операция е характерен за дружествения капитал, а просто че при цялостното разглеждане на операцията е имало други обстоятелства, силно подкрепящи такова отъждествяване. В това отношение Комисията по-конкретно споменава, че прехвърленият капитал е разглеждан като първичен капитал, докато предложените от Федерална република Германия инструменти за сравнение са можели да се използват в Германия единствено като допълнителни собствени средства.

118 На второ място, що се отнася до довода на жалбоподателя, според който както в случая на спорната вноска, така и в този на дружествения капитал възнаграждението зависи от наличието на печалби, трябва да се установи, че фактът, че плащането на възнаграждението дори ако е фиксирано, зависи от това банката да не отчете годишен дефицит и споменатото плащане да не води до подобен дефицит, е общ за всички скрити вноски, признати за първичен капитал, тъй

като такива са изискванията на член 10, параграф 4 от германския закон за кредитното дело (Kreditwesengesetz). Следователно с това обстоятелство не може да се докаже, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че спорната вноска има сходства със скритите вноски на пазара, признати като първичен капитал.

119 От друга страна, следва да се установи, че размерът на печалбите, необходим за изплащане на възнаграждението за спорната вноска или за други скрити вноски, е по-нисък от този, който трябва да е налице, за да могат собствениците на банката да получат дивидент. Всъщност съгласно германското законодателство възнаграждението за скрити вноски представлява оперативен разход, който следователно се прави преди облагане с данък и преди разпределяне на печалбите. От посоченото следва, че е достатъчно банката да реализира годишен излишък преди облагане с данък, равен на възнаграждението за направените вноски, за да получи инвеститорът пълния размер на своето възнаграждение. От друга страна, за да могат собствениците да получат същия размер под формата на дивиденти, поначало би трябвало банката да реализира годишен излишък преди облагане с данък, равен на сбора от възнаграждението за скрити вноски, размера на данъка и размера на споменатия дивидент.

120 Приведеният от жалбоподателя довод в отговор на зададен от Общия съд въпрос по време на съдебното заседание, според който тази характеристика в действителност не отграничава спорната вноска и договаряните на пазара скрити вноски от дружествения капитал, тъй като собствениците могат да покажат разпределяеми печалби дори в случай на годишна загуба — по-конкретно чрез намаляване на резервите, — е в противоречие с довода му, че условията за плащане на възнаграждението за спорната вноска го доближават повече до инвестиция в дружествения капитал, отколкото до скрити вноски, емитирани на пазара. Всъщност, докато за да се плати възнаграждение за скрити вноски трябва да е налице годишен излишък, дивиденти могат да бъдат изплатени и при годишна загуба, като се покаже, че има разпределяема печалба.

121 Освен това, докато възнаграждението за скрити вноски трябва задължително да се изплаща от момента, в който предвидените в договора условия са изпълнени, изплащането на дивиденти в края на финансова година, за която е отчетена

годишна загуба, не е автоматично, а изисква одобрение от мнозинството акционери. Нещо повече, както жалбоподателят признава по време на съдебното заседание в отговор на въпрос на Общия съд, ако банка има годишна загуба и не е изплатила възнаграждението за скрити вноски, но плаща дивиденти, това би накърнило репутацията ѝ и вероятността за успех на бъдещите ѝ емисии.

122 При това положение следва да се приеме, че жалбоподателят не е доказал, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че профилът на рентабилност на спорната вноска е характерен за скритите вноски.

Относно характеристиките на спорната вноска, за които Комисията приема, че не са пречка за сравнението на възнаграждението за спорната вноска с възнаграждение за скрити вноски за определен срок

123 Комисията отхвърля доводите на жалбоподателя, изведени от размера на спорната вноска, от дела от първичния капитал на Helaba, който тя представлява, както и от трайния ѝ характер.

— Размер

124 Според Комисията големият абсолютен размер на спорната вноска не налага същата непременно да се квалифицира като дружествен капитал. В това отношение Комисията се позовава на факта, че вследствие на прогресивния модел между 1999 г. и 2002 г. Helaba може да използва само част от прехвърлените средства, за да гарантира търговските си операции. Освен това тя отхвърля възможността за сравнение с преписката WestLB по съображение, че във

въпросната преписка размерът на инжектирания капитал е само белег измежду други, който допуска приравняването с дружествен капитал. В това отношение тя твърди, че по-специално е взела предвид и обстоятелството, че за средствата в пълна степен е съществувал риск от загуба в случай на несъстоятелност или на ликвидация, както и че пазарът на хибридни инструменти на първичния капитал все още не е бил развит в Германия (съображение 133 от обжалваното решение).

125 Жалбоподателят изтъква, че от гледна точка на инвеститора трябва да се различават два аспекта, а именно общият размер на емисията и големината на дела на всеки инвеститор. Той критикува Комисията, че не е провела такова разграничение.

126 На първо място, що се отнася до общия размер на емисията, жалбоподателят първо оспорва изложените от Комисията мотиви, довели я до схващането, че макар големият размер на емисията да е отчетен в преписката WestLB като белег за сходството с дружествения капитал, големият размер на спорната вноска в случая не водел до подобна квалификация. Така той припомня, че според него, икономически погледнато, за спорната вноска в пълна степен съществува риск от загуба в случай на несъстоятелност или на ликвидация, и изтъква, че капиталов пазар, на който частен инвеститор би направил в Helaba инвестиция като спорната вноска, не е съществувал нито през 1998 г., нито впоследствие. Той твърди, че както Комисията в Решение по преписка WestLB от 1999 г., така и Общият съд в Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, отдават особено значение на високия размер на внесените средства, когато квалифицират операцията. Според него фактът, че размерът на спорната вноска е особено висок и следователно има важно значение в настоящия случай, се потвърждава от сравнението със споменатите от Комисията в съображение 164 от обжалваното решение операции, но и от обстоятелството, че спорната вноска представлява 25 % от общия размер на европейско равнище на хибридните инструменти на първичния капитал през 1998 г.

127 Второ, по мнение на жалбоподателя изведената от прогресивния модел обосновка на Комисията не може да се приеме, след като частен инвеститор не би

го приел и е неправилно да се смята, че тази система се свежда до пет вноски в по-малък обем, като се има предвид, от една страна, че общият размер на спорната вноска е незабавно признат като първичен капитал на Helaba и от друга, при правени в различни моменти вноски, че условията за всяка вноска са различни, докато в настоящия случай за цялата вноска са предвидени уеднаквени условия.

128 Що се отнася най-напред до сравнението с преписката WestLB, необходимо е да се напомни, че Решение по преписка WestLB от 1999 г., на което се основава жалбоподателят, е отменено от Общия съд. Освен това, макар да е вярно, че в Решение по преписка WestLB от 2004 г., прието след посочената отмяна и споменато в съображение 133 от обжалваното решение, Комисията отчита големия размер на прехвърления капитал, за да приравни разглежданото в тази преписка прехвърляне с дружествен капитал, тя се основава не на общия размер на операцията, а на дела от първичния капитал на WestLB, който представлява разглежданият капитал, както и главно на факта, че към датата на извършване на тази операция хибридните инструменти на първичния капитал не са над 20 % от първичния капитал, не се разглеждат като първичен капитал в Германия и не всички са емитирани без ограничение във времето (съображения 204, 206, 208 и 209 от Решение по преписка WestLB от 2004 г.).

129 От друга страна, що се отнася до спорната вноска, въпреки че нейният размер (1,264 милиарда евро) е по-висок от този на използваните от Комисията операции за сравнение, той все пак е много далеч от размера на операцията, разглеждана в преписката WestLB (3,02 милиарда евро, вписани в счетоводния баланс, от които 2,05 милиарда са признати като първичен капитал) (съображения 54 и 71 от Решение по преписка WestLB от 2004 г.). В допълнение, както подчертава Комисията, спорната вноска е предоставена в края на 1998 г., докато разглежданата в преписката WestLB е от 1991 г. Не се оспорва обаче, че в края на 1998 г. хибридните инструменти на първичния капитал съгласно германското законодателство вече могат да се считат за първичен капитал, а не само за допълнителни собствени средства, да се емитират за неопределен срок и ако са изпълнени условията на декларацията от Сидни, да представляват важна част от първичния капитал на банка.

130 Необходимо е да се отхвърли и доводът на жалбоподателя, според който в решението си по дело WestLB, точка 7 по-горе, Общият съд отдал особено значение на критерия за размера на инвестицията. Всъщност в посоченото решение Общият съд установява, че Комисията е изяснила защо според нея разликите между хибридните инструменти на първичния капитал и спорната операция са такива, че сравнението на същата с тези инструменти има само ограничена стойност, и в частност изтъква, че Комисията е обърнала внимание на факта, че посочените от жалбоподателите в това дело хибридни инструменти на първичния капитал като цяло представляват само малка част от собствените средства на банка, обратно на прехвърлените на WestLB средства. Така Общият съд се ограничава да провери дали разсъжденията на Комисията в случая не са опорочени от явна грешка в преценката, без да потвърждава, че критерият за големината на размера на прехвърлените средства винаги е определящ. Впрочем той напомня, че Комисията има широко правомощие за преценка в процеса на това определяне (Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, точки 350 и 351).

131 На следващо място, що се отнася до изложената от Комисията обосновка, според която вследствие на прогресивния модел между 1999 г. и 2002 г. Helaba е можела да използва само част от прехвърлените средства, за да гарантира търговските си дейности, следва да се напомни, че в точки 58—73 по-горе бе установено, че Комисията не е допуснала явна грешка в преценката, приемайки споменатия прогресивен модел. От друга страна, макар да е вярно, както отбелязва жалбоподателят, че целият размер на вноската е вписан в счетоводния баланс на Helaba от деня на извършване на вноската, също така е вярно, че частта, надхвърляща предвидените с прогресивния модел годишни траншове, подобно на частта, с която е трябвало да се гарантират дейностите по предоставяне на помощ за насърчаване на строителството на жилища, е приета от Комисията като изпълняваща единствено гаранционна функция, а не функция за разширяване на търговски дейности и че следователно нейното възнаграждение е определено според възнаграждението, което частен инвеститор би поискал за гаранция, а не според възнаграждението, което такъв инвеститор би поискал за скрита вноска, даваща възможност на банката да разшири своите търговски дейности. Като се има предвид, че скритите вноски позволяват търговските дейности да се разширят незабавно, Комисията е имала основание да приеме, без да допусне явна грешка в преценката, че с оглед на прогресивния модел спорната вноска е равностойна не на скрита вноска от 1,2 милиарда евро, която дава възможност на Helaba незабавно да разшири дейностите си, а на серия от пет скрити вноски с размер от 180 до 380 милиона евро.

132 Този извод не може да се опровергае с довода на жалбоподателя, че при направени в различни моменти вноски условията за всяка вноска били различни, докато за спорната вноска са предвидени уеднаквени условия. Всъщност следва да се установи, че жалбоподателят не е изяснил защо условията, приложими спрямо петте последователно направени вноски, непременно са различни.

133 На второ място, що се отнася до дела от емисията на всеки инвеститор, според жалбоподателя обстоятелството, че емисията се разпределя не между определен брой инвеститори, а се записва от само един инвеститор, също е необичайно. В това отношение той изтъква, че поетият от инвеститора риск се увеличава прогресивно с размера на внесения капитал както като абсолютна стойност, така и в сравнение с риска, поет от други, направили по-малки инвестиции инвеститори. Жалбоподателят смята, че при това положение спорната вноска, направена от един и същи инвеститор, се доближава до инвестиция в дружествения капитал.

134 В това отношение е достатъчно да се констатира, че жалбоподателят не е представил никакви доказателства, с които да може да се приеме, че е обичайно възнаграждението на инвеститор, записващ част от скрита вноска, да варира според размера на тази част спрямо цялата емисия, така че записалите по-голям размер инвеститори да получават по-голямо възнаграждение от останалите. В допълнение, при използваните от Комисията операции за сравнение в обжалваното решение се споменава единствено процент на възнаграждение, като няма никакво основание да се предполага, че направилите по-голяма инвестиция инвеститори са получили по-високо възнаграждение. Жалбоподателят впрочем не изяснява доколко увеличаването на поетия от провинцията риск поради нейното желание да не разделя специалния фонд прави инвестицията ѝ сходна с инвестиция в дружествения капитал на банка, тъй като последната инвестиция не се характеризира непременно с големия си размер и притежателят на дружествен капитал може да запише по-малък размер както като абсолютна стойност, така и в сравнение с общия капитал.

135 При това положение следва да се възприеме възгледът, според който доводите на жалбоподателя не позволяват да се счита, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че размерът на спорната вноска не е пречка да

се счита, че тя е по-сходна със скрити вноски, емитирани на пазара, отколкото с дружествен капитал.

— Буфер на дружествения капитал

136 Според Комисията ограниченият характер на буфера на дружествения капитал не ѝ позволява да изключи възможността частен инвеститор да направи инвестиция, сходна със спорната вноска, под формата на скрита вноска. В това отношение тя се основава на факта, че след като Landesbanken — в качеството си на публичноправни субекти — не могат да набират дружествен капитал на финансовите пазари, те използват скрити вноски в по-голяма степен в сравнение с частните банки. Комисията посочва, че инвеститорите, включително някои частни инвеститори, били по-склонни да приемат по-ограничен буфер на дружествен капитал в случая на Landesbanken поради ограничената им структура на риска (съображение 134 от обжалваното решение).

137 Жалбоподателят твърди, че макар Комисията да изтъква обстоятелството, че буферът на дружествения капитал в настоящия случай е по-малък от този на частните банки, тя пренебрегва факта, че спорната вноска има четири характеристики, които ѝ придават качество на особена гаранция и я представят като средство — близко до дружествения капитал — да се гарантира трайно капиталовата основа на Helaba. Освен това той критикува преценката на Комисията, според която ограниченият характер на буфера на дружествения капитал не допуска да се изключи възможността частен инвеститор да направи сходна инвестиция под формата на скрита вноска.

138 Що се отнася, от една страна, до четирите характеристики на спорната вноска, които ѝ придавали качество на особена гаранция, на първо място, жалбоподателят споменава факта, че тя представлява необичайно голям дял от първичния капитал на Helaba, а именно 40 %. На второ място, той отбелязва, че този голям

дял от първичния капитал на Helaba е записан само от един инвеститор, докато при използваните за сравнение скрити вноски от Комисията нито един индивидуален инвеститор нямал дял над 1 %. Така буферът на дружествения капитал за инвеститора бил 99 % при скритите вноски, използвани за сравнение, и 60 % в случая на спорната вноска. На трето място, той подчертава, че общият размер на тази вноска е приет за първичен капитал, а не просто за собствен капитал. На четвърто място, той отбелязва, че общият размер на вноската е приет за първичен капитал на Helaba, а не само за първичен капитал на групата, към която същата принадлежи, като така Helaba получила по-голяма гъвкавост за използването ѝ, така че частен инвеститор би поискал добавка към възнаграждението си.

139 В това отношение най-напред се налага изводът, че спорната вноска сама по себе си действително представлява много голяма част от първичния капитал на Helaba, докато съгласно декларацията от Сидни скритите вноски за определен срок могат да бъдат не повече от 15 % от първичния капитал. Безспорно е налице разлика между спорната вноска и скритите вноски за определен срок.

140 На следващо място, що се отнася до факта, че спорната вноска е записана само от един инвеститор, който по този начин разполага с 40 % от първичния капитал на Helaba, следва да се приеме, че от икономическа гледна точка това обстоятелство не може да превърне скрита вноска в дружествен капитал, така както фактът, че инвеститор притежава незначителна част от дружествения капитал, не води до лишаване на инвестицията му от характера на инвестиция в дружествения капитал.

141 Частта от първичния капитал, притежавана от инвеститора, действително обуславя излагането му на рискове, но не засяга нито характера на този риск, нито икономическата квалификация на направените инвестиции. Така основните характеристики, които отличават скритите вноски от дружествен капитал, а именно редът на предпочтително удовлетворение в случай на несъстоятелност или на ликвидация, условията за плащане на възнаграждение и предимствата и недостатъците за банката, свързани с използването на едната или другата техника, остават едни и същи, независимо от размера на индивидуалната инвестиция.

142 Що се отнася до факта, че спорната вноска е приета за първичен капитал на Helaba, а не на нейната група, следва да се установи, че Комисията и встъпилите страни не оспорват, че на практика става въпрос за особеност на спорната вноска. При все това изтъкнатото от жалбоподателя обстоятелство, че тази квалификация предоставя на Helaba по-голяма гъвкавост при използването на средствата, не дава възможност да се идентифицира елемент, който увеличава профила на риска на спорната вноска в сравнение със скритите вноски и я оприличава на дружествен капитал.

143 На последно място, що се отнася до факта, че цялата спорна вноска е приета за първичен капитал, следва да се отбележи, че жалбоподателят просто споменава тази характеристика, без да развива довода си. След като това е последица от обстоятелството, че спорната вноска се схваща като „perpetual“, без да е предвидена клауза за увеличение на лихвите (наричана по-нататък „клауза“ „step-up“), следва да се препрати към преценката на Общия съд относно трайния характер на спорната вноска (вж. точки 150—154 по-долу).

144 От друга страна, що се отнася до преценката на Комисията, според която ограниченият буфер на дружествения капитал не ѝ позволява да изключи възможността частен институционален инвеститор да направи сходна със спорната вноска инвестиция под формата на скрита вноска, според жалбоподателя фактът, че Landesbanken използват по-често скрити вноски, не означава, че инвеститорите се отказват от подходящо възнаграждение. Той добавя, че във всеки случай въпросните скрити вноски са записани от техните собственици — публични инвеститори, а не от частни инвеститори, така че Комисията не можела да се позовава на тях за сравнение. По отношение на твърдението на Комисията, според което инвеститорите били по-склонни да приемат помалък буфер на дружествения капитал в случая на Landesbanken поради ограничената им структура на риска, жалбоподателят изтъква, че сравнението между рейтинга на Landesbanken и този на частните банки показва, че структурата на риска на първите не е ограничена.

145 Необходимо е да се отбележи, както посочва жалбоподателят, че въпросът е не дали спорната вноска може да се емитира на пазара независимо от наличието на буфер на дружествения капитал от само 60 %, а дали това обстоятелство

доближава спорната вноска, от гледна точка на нейния профил на риска, до скритите вноски за определен срок или до дружествения капитал и налага заплащането на по-високо възнаграждение.

146 В това отношение следва да се отбележи, както следва от преписката по делото, че преди декларацията от Сидни скритите вноски представляват само малка част от първичния капитал на банките. Едва след тази декларация, през октомври 1998 г., се изяснява, че хибридните инструменти на първичния капитал могат да се разглеждат като първичен капитал над максималния предел от 15 %, и се уточняват условията за това признаване. Ето защо е допустимо да се предположи, че към момента, когато страните постигат окончателно съгласие относно спорната вноска, през декември 1998 г., последиците от декларацията от Сидни за дела от първичния капитал, придобит чрез хибридни инструменти на първичния капитал, и следователно за буфера на дружествения капитал все още не са се проявили на пазара.

147 От обжалваното решение обаче следва (съображения 129 и 134), че впоследствие както частните банки, така и Landesbanken увеличават частта на хибридните инструменти на първичния капитал в своя първичен капитал, като това увеличение е особено голямо при Landesbanken. От обжалваното решение също така е видно (съображения 179 и 180), че за хибридните инструменти на първичния капитал, емитирани от банките след декларацията от Сидни и отговарящи на нейните условия, за да бъдат признати като първичен капитал над максималния предел от 15 %, не е плащано възнаграждение с много по-висок процент от този за скритите вноски, емитирани по-рано. На последно място, от обжалваното решение (съображение 134), както и от отговора на Комисията на писмен въпрос на Общия съд, следва че сред инвеститорите, записали емитирани от Landesbanken скрити вноски, има частни инвеститори, които не са поискали по-високо възнаграждение за вноските, за да се отчете ограниченият буфер на дружествения капитал на споменатите банки.

148 При това положение доводите на жалбоподателя не дават основание да се счита, че предвид ограничения буфер на дружествения капитал от икономическа гледна точка профилът на риска на спорната вноска е близък до дружествения капитал.

149 С оглед на предходните съображения не е необходимо да се разглеждат критиките на жалбоподателя във връзка с твърдението на Комисията, според което инвеститорите били по-склонни да приемат по-малък буфер на дружествения капитал при Landesbanken поради ограничената им структура на риска. Всъщност причините, поради които инвеститорите биха били по-склонни да приемат по-малък буфер на дружествения капитал, при Landesbanken в случая не са от значение, след като е установено, че наличието на по-малък буфер на дружествения капитал не пречи на частните инвеститори да запишат скритите вноски на Landesbanken, нито ги кара да поискат по-високо възнаграждение от това за скрити вноски, емитирани от банки с по-голям буфер на дружествения капитал.

— Траен характер на вноската и невъзможност за прехвърляне

150 В обжалваното решение Комисията по същество приема, че трайният характер на вноската и невъзможността за прехвърляне не са основание възнаграждението за спорната вноска да се сравнява по-скоро с възнаграждение за участие в дружествения капитал, отколкото с това за скрити вноски за определен срок и че отражението на тази характеристика трябва да се разгледа при изчисляването на адекватното възнаграждение. Тя мотивира тази преценка, посочвайки, че трайният характер на спорната вноска включва главно риск за инвеститора да не може да се ползва от увеличения на лихвите на пазара, но няма отражение за равнището на риска от загуба в случай на несъстоятелност или на ликвидация (съображение 138 от обжалваното решение).

151 Жалбоподателят изтъква, че факторът, който увеличава профила на риска на спорната вноска в сравнение с емитираните на пазара скрити вноски, е неопределеният ѝ срок, а обстоятелството, че провинцията няма възможност за дезинвестиране, защото посочената вноска не е заместима и тя не може да прехвърли правата си на трето лице без съгласието на Helaba. От друга страна, емитираните на пазара „perpetuals“ се котирали на борсата, така че инвеститорът имал възможност за дезинвестиране по всяко време и не бил обвързан с банката за неопределен срок. В писмената си реплика жалбоподателят критикува

факта, че Комисията третирала трайния характер и заместимостта така, сякаш тези два аспекта нямат никаква връзка помежду си, при положение че профилът на риска на спорната вноска бил резултат от взаимодействието между тези две характеристики, което довело до невъзможност на провинцията за дезинвестиране. Освен това той оспорва доводите на Комисията, според които заместимостта е не изключена, а само ограничена.

152 Следва да се установи, че по време на съдебното заседание в отговор на въпрос на Общия съд страните потвърждават, че има скрити вноски, както в настоящия случай, които са направени по споразумение между банката емитент и инвеститорите и не се котират на борсата. От това следва, че заместимостта, която произтича от котирането на борсата на дадена вноска, не е характеристика на всички скрити вноски, записани от частни инвеститори. От преписката по делото обаче не е видно, че за договорените по споразумение вноски е заплащано по-високо възнаграждение в сравнение с това за котираните на борсата.

153 Във всеки случай следва да се отбележи, че в това отношение спорната вноска се различава и от инвестиции в дружествения капитал, доколкото, както жалбоподателят изтъква в административното производство, предхождащо приемането на обжалваното решение (съображение 68 от обжалваното решение), съдружникът поне при акционерните дружества като германските банки, емитирали вноски, използвани от Комисията като отправна точка, може свободно да продаде инвестицията си по всяко време.

154 От посоченото следва, че дори да се приеме, че инвестицията на провинцията не е заместима и в сравнение със скритите вноски това увеличава риска от загуба в случай на несъстоятелност или на ликвидация, посоченото обстоятелство отличава спорната вноска и от инвестиция в дружествения капитал в банките, емитирали вноските, използвани от Комисията като отправна точка, и не означава, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че спорната вноска трябва да се сравни с други скрити вноски, емитирани на пазара, а не с дружествения капитал, като същевременно отчита — чрез необходимите

добавки, сред които по-специално е добавката поради трайния ѝ характер — нейното специфично естество.

Характеристики на спорната вноска, които не са посочени в административното производство и не са разгледани в обжалваното решение

155 Жалбоподателят поддържа, че спорната вноска включва значителен риск от загуба както на възнаграждението, така и на внесените средства, дори извън хипотезата на ликвидация или несъстоятелност, разгледана по-горе. В това отношение той се позовава на факта, че спорната вноска служи за покриване на годишната загуба на Helaba, както и на поетите от провинцията рискове да не получи възнаграждението в случай на годишна загуба на Helaba и да не може да получи обратно внесените средства.

156 Що се отнася до участието в годишната загуба на Helaba, жалбоподателят поддържа, че от икономическа гледна точка спорната вноска служи за покриване на споменатите загуби по същия начин, както дружествения капитал, тъй като по силата на член 3, алинея 1 и на член 8, алинея 1 от договора вноската служи в пълна степен за покриване на евентуалната годишна загуба на Helaba, и че евентуалните загуби ограничават правото на обратно изплащане на провинцията в случай на прекратяване. Жалбоподателят добавя, че обстоятелството, че участието в загубите е типично за всички скрити вноски, е ирелевантно, понеже това обстоятелство следва да се прецени в контекста на всички икономически характеристики на спорната вноска. Освен това според него фактът, че съгласно член 4 от договора (клауза за възстановяване) в случай на загуба евентуалните бъдещи печалби трябва да се използват за рефинансиране на вноската, не поставя провинцията в по-изгодно положение от това на акционер, тъй като за разлика от последния тя не се ползва от увеличението на стойността на предприятието.

157 В това отношение е необходимо да се установи, че макар да е вярно, че участието в загубите доближава спорната вноска до дружествения капитал — причина, поради която тя е призната от BAKred за първичен капитал на Helaba, — също

така е вярно, че то не я отличава от други скрити вноски, също признати за първичен капитал.

158 Действително е вярно, че в случая степента, до която стойността на вноската ще бъде намалена поради загубите на Helaba, ще е по-голяма, отколкото за вноските, използвани от Комисията като отправна точка. След като обаче това се дължи на факта, че спорната вноска представлява по-голям дял от първичния капитал на Helaba в сравнение с други вноски в собствения капитал на банките емитенти, тя не е характеристика на спорната вноска, различна от тази на нейния размер по отношение на общия първичен капитал на Helaba (вж. точки 136—149 по-горе).

159 Що се отнася до предвидената в член 4 от договора клауза за възстановяване (вж. точка 156 по-горе), достатъчно е да се констатира, че макар да е възможно, както твърди жалбоподателят, тя да не предоставя непременно предимство на провинцията спрямо инвеститор в дружествения капитал, след като въпросът коя инвестиция е по-изгодна зависи от обстоятелствата при всяка финансова година, се налага изводът, че във всеки случай тя ги отграничава и следователно доближава спорната вноска повече до скритите вноски, за които може да се предвиди подобна клауза, отколкото до дружествения капитал.

160 При това положение с участието на спорната вноска в загубите не може да се докаже, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, сравнявайки възнаграждението за спорната вноска с това за скрити вноски за определен срок.

161 Що се отнася до поетия от провинцията риск да не получи възнаграждение в случай на годишна загуба на Helaba, според жалбоподателя възнаграждението, което трябва да се плаща на провинцията, представлява голяма част от печалбите на Helaba и следователно има значителен риск провинцията да не го получи. В това отношение той поддържа, че възнаграждението, което трябва да

се плаща на провинцията, е част от печалбите на Helaba през годината на спорната вноска, много по-голяма от частта, която възнаграждението за използваните като отправна точка в обжалваното решение вноски, емитирани от частни банки, представлява от печалбите на всяка от тези банки.

162 Що се отнася до поетия от провинцията риск да не може да получи обратно внесените средства, жалбоподателят изтъква, че предвид количествения дял на спорната вноска от първичния капитал на Helaba, последната няма да е в състояние да възстанови вноската на провинцията, тъй като нейните печалби не биха ѝ дали възможност да замести първичния капитал, който тя би загубила във връзка с това.

163 Необходимо е да се отбележи, че тези две характеристики на спорната вноска по същество са следствие от факта, че тя представлява по-голяма част от първичния капитал на Helaba от тази, която референтните операции представляват за първичния капитал на банките. Ето защо, подобно на вече приетото по отношение на участието в загубите (вж. точка 158 по-горе), тези две характеристики не следва да се разглеждат самостоятелно. Освен това, що се отнася до частта от печалбите на Helaba през 1998 г., която представлявала възнаграждението на провинцията, налага се изводът, от една страна, че жалбоподателят не отчита факта, че съгласно прогресивния модел Helaba трябва да плаща възнаграждение за пълния размер на спорната вноска — с изключение на частта, необходима да се гарантират дейностите по предоставяне на помощ за строителство на жилища — в размер на 1,4 % едва от 2003 г. нататък, и от друга страна, че той използва за сравнение печалбата на Helaba за 1998 г. след облагане с данък, а не нейния годишен излишък преди облагане с данък, въпреки че не се оспорва, че след като спорната вноска е скрита вноска, съгласно германското законодателство възнаграждението за нея представлява оперативен разход, който трябва да се направи преди облагане с данък.

164 От посоченото следва, че доводите на жалбоподателя относно поетите от провинцията рискове да не получи възнаграждение в случай на годишна загуба на Helaba и да не може да получи обратно внесените средства, не дават основание да се счита, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката,

сравнявайки възнаграждението за спорната вноска с това за скрити вноски за определен срок.

Относно положението на пазара към момента на включване на спорната вноска

165 От една страна, жалбоподателят твърди, че Комисията е приложила неправилно критерия за частния инвеститор, тъй като с оглед на икономическата квалификация на спорната вноска не се поставила в положението към момента на нейното предоставяне, т.е. 31 декември 1998 г.

166 В това отношение той отбелязва, че в съображение 129 от обжалваното решение Комисията се позовава на описаната от Федерална република Германия практика на частните банки, която е обобщена в съображения 96 и 99 от въпросното решение. В тези съображения Комисията посочва, че Федерална република Германия е изяснила, първо, че само няколко месеца след Helaba Deutsche Bank придобива „perpetual“ на капиталовия пазар; второ, че от 1999 г. на пазара не се отдава особено значение на разграничението между финансови инструменти за определен срок и за неопределен срок и трето, че твърдението на жалбоподателя, според което за големите размери е възможно да се използва единствено дружествен капитал, се опровергава от размера на скритите вноски, които частни кредитни институции са придобили на капиталовия пазар както през 1998 г. и 1999 г., така и впоследствие. Освен това той отбелязва, че таблицата в съображение 101 от обжалваното решение описва развитието между 1998 г. и 2003 г. на частта от първичния капитал на трите частни банки, която се състои от хибриден капитал. Той поддържа, че като се позовава на така представената от Федерална република Германия практика на германските банки, Комисията се основава на информация, която е достъпна едва през годините, след като е направена спорната вноска.

167 Жалбоподателят добавя, че в края на 1998 г. провинцията не е можела да предвиди последващото развитие на капиталовия пазар по отношение на скритите

вноски и на „perpetuals“. Според него за икономическата квалификация на спорната вноска следователно Комисията е трябвало да вземе предвид единствено положението на пазара към 1998 г., а не бъдещото развитие на капиталовия пазар, което е неизвестно към момента, когато е направена спорната вноска.

168 Необходимо е да се напомни, че съгласно съдебната практика сравнението между поведението на публичните и частните инвеститори трябва да бъде направено от гледна точка на поведението, което би имал частен инвеститор при разглежданата операция предвид наличната информация и предвидимото развитие към този момент (Решения на Общия съд от 30 април 1998 г. по дело Cityflyer Express/Комисия, T-16/96, Recueil, стр. II-757, точка 76 и Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, точка 246).

169 В случая най-напред следва да се установи, че целта на направеното от Комисията позоваване в съображение 129 от обжалваното решение на практиката на германските банки е само да се подкрепи тълкуването ѝ на декларацията от Сидни, според което същата не позволява да се направи извод, че иновативните финансови инструменти с траен характер изобщо не могат да се признаят за първичен капитал или че за тях също е в сила максималният предел от 15 % от първичния капитал. Така Комисията се позовава на тази практика, посочвайки, че последната подкрепя възможността иновативните финансови инструменти с траен характер да се използват като собствен капитал и над максималния предел от 15 %. Следователно Комисията не основава преценката си на извършените в последващ момент спрямо спорната вноска операции, а просто ги използва, за да подкрепи собственото си тълкуване на декларацията от Сидни.

170 Във всеки случай се налага изводът, че жалбоподателят не е изяснил защо развитието на пазара след декларацията от Сидни не е предвидимо за провинцията и за Helaba към момента, в който те постигат съгласие относно спорната вноска. Такова обяснение е още по-необходимо, доколкото от обжалваното решение е видно, че въпросното развитие на пазара потвърждава преценката на страните по спорната вноска, че от една страна, за „perpetuals“ не трябва да се заплаща възнаграждение, използвайки като отправна точка дружествения капитал, и от

друга, че големината на буфера на дружествения капитал не засяга размера на възнаграждението.

171 От друга страна, жалбоподателят оспорва, че към момента, когато е направена спорната вноска, в Германия съществувал развит пазар на хибридни инструменти на първичния капитал, на който Helaba можела да емитира вноска като спорната. Така той поддържа, че „perpetual“ без клауза „step-up“ като спорната вноска не би могла да бъде емитирана през 1998 г. за институционални инвеститори като провинцията. Институционалните инвеститори приели да записват подобни „perpetuals“ едва от 2004 г. Освен това тези „perpetuals“ се отнасяли до по-малък размер и се котирали на борсата. Впрочем спорната вноска не можела да бъде емитирана и впоследствие поради своя размер, тъй като била записана от само един инвеститор и призната в пълния си размер като първичен капитал на Helaba, а не на групата, към която принадлежи Helaba.

172 Жалбоподателят поддържа, че Комисията прикрива това обстоятелство с твърдението си, че Helaba можела да получи средствата, емитирайки няколко помалки транша. В това отношение той по-конкретно изтъква, че с въпросното твърдение се нарушава критерият за частния инвеститор, тъй като то включва отчитане на поведението на инвеститор в положение, различно от това на провинцията, както и смяна на приоритетите, доколкото се основава на алтернативите, които Helaba би имала в бъдеще, а не на въпроса дали частен инвеститор би предоставил на Helaba вноска от същия характер и при същите условия. Ето защо според жалбоподателя неразвитият пазар на хибридни инструменти на първичния капитал в Германия е трябвало да доведе Комисията до схващането, че Helaba би могла да получи сходен размер на първичен капитал на пазара единствено под формата на дружествен капитал.

173 Необходимо е да се установи, че жалбоподателят не оспорва пряко позоваването от Комисията в съображение 137 от обжалваното решение на наличието на „perpetual“ без клауза „step-up“, емитиран през 1987 г. и записан от институционални инвеститори, и не представя доводи с цел да докаже, че Комисията не

може да основе преценката си на това обстоятелство. Така, макар той да твърди, че първата емисия на „perpetual“ без клауза „step-up“, записана от германски институционални инвеститори, е от 2004 г. и първата реализирана от германска банка емисия от този вид е от 2005 г., тези твърдения не са достатъчни, за да се докаже, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, основавайки се на споменатата в съображение 137 от обжалваното решение операция, за да отхвърли довода, според който институционалните инвеститори не били склонни да запишат „perpetuals“ без клауза „step-up“, така че поради неопределения си срок спорната вноска можела да се сравни само с дружествен капитал.

174 Що се отнася до изтъкнатите от жалбоподателя разлики между спорната вноска и скритите вноски, емитирани на пазара, следва да се установи, че те съответстват на доводите, които вече бяха разгледани и отхвърлени.

175 Що се отнася до довода на жалбоподателя, според който Комисията нарушила критерия за частния инвеститор с твърдението си, че Helaba можела да получи средствата, емитирайки няколко по-малки транша, следва да се напомни, че макар действително да е вярно, че критерият за частния инвеститор изисква да се прецени дали такъв инвеститор би извършил разглежданата операция при същите условия, също така е вярно, съгласно цитираната съдебна практика в точки 35 и 36 по-горе, че целта на контрола върху държавните помощи е да се определи дали на предприятието получател се предоставя икономическо предимство, което не би получило в нормални пазарни условия, и че за тази цел не може да се приеме, че трябва да се отчита единствено гледната точка на инвеститора. Следователно жалбоподателят няма как да твърди, че въпросът, дали Helaba можела да получи на пазара същите предимства на същата цена, е неотносим, при положение че този въпрос е от ключово значение, за да се определи какъв би бил резултатът от преговорите между Helaba и хипотетичния частен инвеститор, който се намира в положението на провинцията.

176 При това положение следва да се отхвърлят оплакванията на жалбоподателя, изведени от прилагането на неправилен референтен период и от неправилна преценка на положението на пазара към момента, в който е включена спорната вноска.

Извод относно квалифицирането на спорната вноска като скрита вноска

177 Няма спор, че спорната вноска представлява особен инструмент, който не съответства в пълна степен нито на скритите вноски, емитирани на пазара, независимо дали са за определен или за неопределен срок, нито на дружествен капитал.

178 От разгледаното дотук обаче следва, че спорната вноска се доближава до скритите вноски за определен срок, признати като първичен капитал, поради следните характеристики: реда на предпочтително удовлетворение при ликвидация или несъстоятелност както спрямо кредиторите на банката, така и спрямо собствениците; обстоятелството, че съществува задължение за изплащане на годишно възнаграждение, чийто размер е определен в договора; факта, че изплащането на възнаграждението се спира в случай на годишна загуба, че при липсата на участие в увеличението на стойността на предприятието възнаграждението е единствената печалба, която инвеститорът получава от своята вноска, както и че Helaba е длъжна да изплати непреведените възнаграждения след годината/годините, през която/които не е изплащано възнаграждение; обстоятелството, че спорната вноска служи за покриване на годишните загуби на банката и това, че е налице клауза за възстановяване, ако стойността на вноската бъде намалена поради загуби.

179 От друга страна, тя се различава от скритите вноски за определен срок, признати като първичен капитал, и се доближава до дружествения капитал, доколкото е за неопределен срок и по тази причина е могла да бъде призната като първичен капитал над максималния предел от 15 % и доколкото представлява много голяма част от първичния капитал и е призната за първичен капитал на Helaba, а не на групата, към която Helaba принадлежи.

180 На последно място, тя се различава както от повечето скрити вноски за определен срок, признати като първичен капитал, така и от дружествения капитал на частните банки, емитирали вноските, използвани от Комисията за сравнение,

доколкото инвестицията на провинцията не е заместима или е заместима в много ограничена степен. От друга страна, тя се различава от скритите вноски, използвани от Комисията като отправна точка, и от голям брой инвестиции в дружествения капитал, доколкото провинцията разполага с много голяма част от собствения капитал на банката.

181 От това следва, че единствените характеристики на спорната вноска, които едновременно я отличават от скрити вноски за определен срок и я доближават до дружествен капитал, са, от една страна, неопределеният ѝ срок и от друга, фактът, че тя представлява над 15 % от първичния капитал на Helaba. От разгледаното по-горе обаче е видно, от една страна, че жалбоподателят не е доказал, че тези присъщи на „perpetuals“ характеристики водят до пазарно възнаграждение, което е по-близо до това за участие в дружествения капитал, отколкото до възнаграждението за скрити вноски за определен срок, и от друга, че няма причина да се счита, че провинцията и Helaba не са могли да предвидят това развитие.

182 С оглед на изложеното дотук доводите на жалбоподателя не дават основание да се приеме, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, считайки след направения цялостен преглед на характеристиките на спорната вноска, че последната има повече сходства със скритите вноски, отколкото с дружествения капитал, и че следователно възнаграждението за нея трябва да се сравнява с това за скрити вноски за определен срок, чийто размер съответства на обичайно наблюдавания на пазара и към което евентуално следва да бъде плащана добавка.

4. *Относно сравнението на възнаграждението за спорната вноска с изискваното на пазара гаранционно възнаграждение*

183 Що се отнася до сравнението на възнаграждението за спорната вноска с изискваното на пазара гаранционно възнаграждение, жалбоподателят оспорва преценките на Комисията относно отчитането на допълнителната тежест в резултат от търговския данък, който Helaba трябва да плаща поради спорната вноска, сравнението на договореното между провинцията и Helaba основно

възнаграждение с основното гаранционно възнаграждение, изисквано на пазара, и сравнението на договорената в случая добавка за трайния характер с добавката за траен характер, изисквана на пазара.

а) Относно отчитането на търговския данък

Обжалваното решение

184 Според Комисията за сравнението на договореното за спорната вноска възнаграждение с възнаграждението, договорено на пазара, следва да се отчита ефектът от търговския данък, с който се облага спорната вноска — в случая 0,26 % годишно. В това отношение тя посочва, че докато този данък трябвало да се плаща от извършващите дейността си в Германия институционални инвеститори, които по тази причина искали по-високо възнаграждение, в случая той трябвало да се плаща от Helaba, тъй като провинцията нямала задължение да плаща този данък. Така Комисията приема, че общата тежест за Helaba, която трябвало да се сравни с ножицата на пазарното възнаграждение, била не договореното от страните възнаграждение от 1,4 %, а 1,66 % (съображения 156—159 от обжалваното решение).

Доводи на страните

185 Жалбоподателят оспорва тази преценка и изтъква, че когато инвеститорите очакват доходи, те не взимат предвид данъчния статут на получателя на инвестицията и че Комисията не е доказала, че на пазара последният би бил в състояние да направи така, че цялата му финансова тежест да се понесе от инвеститора. Той поддържа, че няма никаква разлика в размера на възнаграждението, плащано на различните инвеститори за същата вноска, и то при положение че както инвеститорите от страната, които не извършват никаква промишлена или

търговска дейност, така и чуждестранните инвеститори не подлежат на облагане с търговски данък, когато правят скрити вноски, и следователно се намират в същото положение като провинцията.

186 Жалбоподателят добавя, че във всеки случай допълнителната тежест, която трябва да понася Helaba, не е равна на ставката на търговския данък, а е доста по-ниска, тъй като споменатият данък представлява търговски разход за Helaba и с това намалява нейния облагаем доход. Така след плащане на корпоративен данък (40 % към съответния момент в Германия) и на добавката за солидарност (5,5 %) допълнителната тежест била само 0,15 %.

187 Комисията и встъпилите страни оспорват тези доводи.

Съображения на Общия съд

188 Що се отнася най-напред до необходимостта да се отчита ефектът от търговския данък за понасяната от Helaba тежест в резултат от спорната вноска, следва да се установи, че жалбоподателят не оспорва, че Helaba е длъжна да плаща този данък, тъй като провинцията не подлежи на облагане с него. Той действително твърди, че някои други инвеститори също не подлежат на облагане с този данък и че това не променя размера на изплащаното възнаграждение, но следва да се отбележи, че в съдебното заседание Федерална република Германия и Helaba потвърждават, че макар банките действително поначало да трябва да плащат търговски данък за изплащаните възнаграждения на инвеститорите, които не са установени в Германия или не упражняват никаква промишлена или търговска дейност, също така е вярно, че нито на банките, нито на германските органи им е известно кои са инвеститорите, които притежават произтичащите от скрити вноски ценни книжа, и че следователно банките не плащат търговски данък за изплащаните възнаграждения, въпреки че част от тях се плаща на инвеститори, неподлежащи на облагане.

189 Следва да се отбележи, че след като разсъжденията на Комисията се основават не на факта, че провинцията не трябва да плаща данъка, а на това, че Helaba трябва да прави това, понасяйки по този начин тежест, която не би трябвало да понася, ако вноската е направена от частен инвеститор на пазара, обстоятелството, че банките на практика не плащат търговския данък, съответстващ на изплащаните възнаграждения на инвеститорите, които не са установени в Германия или не упражняват никаква промишлена или търговска дейност, прави довода на жалбоподателя ирелевантен. Всъщност в случая, за разлика от хипотезата при други скрити вноски на пазара, Helaba трябва да понася допълнителна тежест поради плащането на търговски данък. Въпреки че тази тежест не включва по-високо възнаграждение за провинцията, тя трябва да се отчете, за да се провери дали поради спорната вноска Helaba понася тежест, която е поне равностойна на понасяната от банките, емитирали скрити вноски на пазара, и следователно дали тя получава предимство.

190 При това положение следва да се приеме, че жалбоподателят не е доказал, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, отчитайки ефекта от търговския данък за общата тежест, понасяна от Helaba в резултат от спорната вноска.

191 По-нататък, що се отнася до изчислението на реално понасяната от Helaba тежест, трябва да се отбележи, че в случая става въпрос не да се установи каква е крайната тежест за Helaba от спорната вноска след облагане с данък, а тази тежест да се сравни с тежестта, която би произтекла от вноска за определен срок, записана от частен инвеститор. За тази цел сравнението на тежестите, които произтичат от едната или от другата вноска, може да се направи преди или след облагане с данък, стига посочените тежести да се оценяват към един и същи момент. След като обаче в обжалваното решение Комисията използва като отправна точка тежестта преди облагане с данък във връзка с използваните от нея скрити вноски за сравнение, трябва да се отчете и тежестта преди облагане с данък, която произтича от търговския данък (вж. в този смисъл Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, точка 384).

192 От това следва, че жалбоподателят също така не е доказал, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че произтичащата от плащането на

търговския данък тежест, която трябва да се отчете, за да се сравни възнаграждението за спорната вноска с възнаграждението за съществуващите на пазара вноски, е тежестта преди облагане с данък.

б) Относно сравнението на основното възнаграждение с изискваното на пазара основно гаранционно възнаграждение

Обжалваното решение

193 Комисията изтъква, че прегледът на десетте посочени от Федерална република Германия операции в съображение 164 от обжалваното решение показва, че ножицата на гаранционното възнаграждение е между 0,75 % и 1,6 % годишно (съображения 162, 163, 165—167 от обжалваното решение).

194 На следващо място, Комисията разглежда различните особености на спорната вноска, които могат да имат отражение върху размера на възнаграждението. В това отношение тя счита, че не следва да се прилага нито добавка поради обема на операцията, нито намаление поради последиците за рейтинга на Helaba. Тя обаче приема, че поради ограничения буфер на дружествения капитал следва да се възприеме възгледът, че частен инвеститор не би приел основно гаранционно възнаграждение, което е под средното (съображения 168,169, 171 и 172 от обжалваното решение).

195 От това Комисията прави извод, че след като понасяната от Helaba тежест в резултат от спорната вноска е средната или дори над средната за пазара, не може да се заключи нито че Helaba е получила предимство, нито следователно че е налице държавна помощ (съображение 172 от обжалваното решение).

Доводи на страните

196 На първо място, жалбоподателят напомня, че поради своя профил на риска спорната вноска трябвало да се оприличи на инвестиция в дружествения капитал, а не на скрита вноска за определен срок и твърди, че по тази причина направеното от Комисията изчисление, което се основава на ножица на пазара, създадена въз основа на установени за скритите вноски за определен срок гаранционни възнаграждения, е неправилно. Освен това, като неправилно оприличила спорната вноска на скрити вноски, Комисията пропуснала да отчете факта, че освен добавката, която трябва да се приложи, за да се вземе предвид трайният характер на спорната вноска, имало и други добавки, които са необходими, за да се отчетат финансовото положение на Helaba, липсата на публичност и по-ниските разходи за транзакцията.

197 На второ място, жалбоподателят критикува начина, по който Комисията изчислява основното гаранционно възнаграждение.

198 Той изтъква, от една страна, че Комисията е преценила размера на основното гаранционно възнаграждение не с оглед на положението и обстановката на пазара в края на 1998 г., а с оглед на последващи операции.

199 От друга страна, той изтъква, че поради разликите между спорната вноска и референтните операции възнаграждението за спорната вноска трябвало да е по-високо от основното гаранционно възнаграждение на пазара, установено въз основа на референтните операции. Според него Комисията не само не преценила правилно разликите между спорната вноска и разгледаните от нея референтни операции, но и не разгледала други важни разлики.

200 Що се отнася до разгледаните от Комисията разлики, т.е. размера на спорната вноска, големината на буфера на дружествения капитал и рейтинга на Helaba,

жалбоподателят твърди, че всички тези елементи е трябвало да доведат до добавка към основното гаранционно възнаграждение в сравнение с референтните операции. Що се отнася до разликите между спорната вноска и референтните операции, които Комисията не е разгледала и които е трябвало да доведат до увеличение на основното гаранционно възнаграждение, жалбоподателят споменава, от една страна, че цялата спорна вноска е записана от само един инвеститор и от друга, че спорната вноска не е заместима, така че провинцията не може да изтегли инвестицията си от Helaba.

201 На последно място, жалбоподателят твърди, че вноската на Dresdner Bank в размер на един милиард USD, посочена в обжалваното решение измежду референтните операции, доказва че възнаграждението за спорната вноска трябвало да е по-високо от референтната ножица, тъй като, въпреки че според него профилът на риска на тази вноска е по-нисък, за нея е плащано възнаграждение в по-висок процент от този на спорната вноска.

202 Комисията и встъпилите страни оспорват тези доводи.

Съображения на Общия съд

203 На първо място, що се отнася до довода на жалбоподателя, че използваната от Комисията ножица е избрана неправилно, тъй като се основава на операции, които не са сходни със спорната вноска, достатъчно е да се установи, че от разглеждането на въпроса за квалификацията на спорната вноска следва, че Комисията не е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че тази вноска има повече сходства със скритите вноски, отколкото с дружествения капитал (вж. точка 181 по-горе).

204 На второ място, що се отнася до направения от Комисията преглед на съответствието с пазара на основното възнаграждение за спорната вноска, като начало

следва да се отхвърли доводът на жалбоподателя, според който Комисията не се основала на обстановката на пазара към датата, когато е направена спорната вноска. Всъщност се налага изводът, че дори да не се отчитат петте операции от 1999 г., на които се позовава Комисията, от прегледа на останалите операции следва, че определената от Комисията пазарна ножица, т.е. от 75 до 160 базисни пункта, не е променена, тъй като и операциите, които достигат максималните предели (вноска на Bayerische Hypo- und Vereinsbank от 1,2 милиарда DEM), и тези, които достигат минималните предели (втори транш от вноската от 700 милиона USD, емитирана от Deutsche Bank) от споменатата ножица, са операции от 1998 г. Що се отнася до твърдението на жалбоподателя, според което тези вноски все пак не били сходни със спорната вноска, тъй като били за определен срок, следва да се напомни, че тази характеристика не може да е пречка за каквото и да било сравнение.

205 На следващо място е необходимо да се разгледа всеки от осемте фактора, които според жалбоподателя могат да предполагат добавка към пазарната ножица на основното гаранционно възнаграждение и които Комисията или преценила неправилно, или пропуснала да прецени.

206 Що се отнася, първо, до финансовото положение на Helaba, жалбоподателят изтъква, че печалбите на Helaba през 1998 г. са сравнително ниски с оглед размера на възнаграждението, което е трябвало да се плаща на провинцията, така че имало опасност печалбите да не са достатъчни, за да се плати договореното възнаграждение. Той добавя, че други финансови статистически данни за Helaba (доход от капитал, разпределение на печалби, съотношение на първичния капитал) от периода между 1984 г. и 1994 г. трайно са значително по-ниски от тези на частните банки.

207 В това отношение се налага изводът, че с довода си, изведен от твърдението за ниските печалби на Helaba спрямо размера на възнаграждението, жалбоподателят повтаря довода, свързан с риска от загуба на възнаграждението, изложен в точка 161 по-горе. Както обаче бе установено в точка 163 по-горе, с направеното от жалбоподателя сравнение между възнаграждението, което трябва да плаща Helaba от 2003 г. нататък, и печалбите ѝ през 1998 г. не може да се установи, че е налице особен риск от загуба на възнаграждението. По отношение на довода,

според който останалите резултати на Helaba са били по-ниски от тези на големите частни банки, достатъчно е да се отбележи, че докато спорната вноска е договорена и включена в Helaba в края на 1998 г., жалбоподателят се позовава на данни относно периода между 1984 г. и 1994 г. При това положение следва да се направи извод, че доводите на жалбоподателя не дават основание да се счита, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, като не е приела, че възнаграждението трябвало да е по-високо от договореното поради финансовото състояние на Helaba.

208 Що се отнася, второ, до липсата до голяма степен на публичност поради факта, че Helaba получила спорната вноска от само един инвеститор, жалбоподателят твърди, че вредоносните последици, до които води публичността в случай на трудности или на изменения във връзка с вноската, в случая могат да бъдат избегнати или поне контролирани. Той поддържа, че частен инвеститор би поискал добавка към основното гаранционно възнаграждение, за да компенсира това предимство.

209 Налага се изводът, че това лаконично твърдение на жалбоподателя не е достатъчно, за да се докаже, че на пазара твърдяното обстоятелство действително включва добавка към основното гаранционно възнаграждение и че следователно Комисията е допуснала явна грешка в преценката, като не е приела, че в случая трябва да има такава добавка. Освен това, докато от препратките, които страните по-конкретно правят към записана от застрахователно дружество скрита вноска, следва, че частни инвеститори също могат да запишат пълния размер на скрита вноска, жалбоподателят не е представил доказателства, с които може да се приеме, че подобна добавка действително се изисква на пазара.

210 Освен това, както признава самият жалбоподател, обстоятелството, че спорната вноска е направена от само един инвеститор, не позволява на Helaba да избегне каквато и да било публичност. Всъщност Helaba не може да попречи на провинцията да изтъкне евентуалните трудности или изменения на вноската, още повече че тези въпроси е възможно да бъдат публично обсъждани в рамките на Hessischer Landestag (парламентът на провинцията) по същия начин, както е обсъждано първоначалното записване на спорната вноска.

211 Що се отнася, трето, до твърдението за ниските разходи на Helaba за транзакцията, жалбоподателят изтъква, че поради това че Helaba получава вноската от само един инвеститор, тя спестява значителни разходи за пускането на емисията, както и за нейното управление и осъществяване. Той поддържа, че и поради тази причина частен инвеститор би поискал добавка към основното гаранционно възнаграждение, за да компенсира това предимство.

212 Налага се изводът, че това необосновано твърдение на жалбоподателя не доказва, че на пазара твърдяното обстоятелство включва добавка към основното гаранционно възнаграждение. Освен това провинцията отбелязва, че спестява значителни разходи и като внася целия специален фонд в Helaba, вместо да раздели спорната вноска между различни банки, и че по тази причина няма основание за добавка. При това положение посоченият довод също така не позволява да се приеме, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, като не е приела, че трябва да се плаща добавка към възнаграждението по тази причина.

213 Що се отнася, четвърто, до обема на операцията, жалбоподателят критикува преценката на Комисията, според която фактът, че размерът на спорната вноска е значително по-висок от размерите на използваните за сравнение вноски, не трябва да води до добавка, тъй като поради прогресивния модел спорната вноска е равностойна на пет последователни по-малки вноски. Той добавя, че тезата на Комисията е в противоречие с доводите, развити от нея в довелото до постановяването на Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, съдебно производство, в което тя твърди, че действащият в условията на пазарна икономика инвеститор, който „се сблъсква с необичайно високи на практика суми, [би] поиска[л] доходът да бъде увеличен“.

214 В това отношение жалбоподателят повтаря представените от него доводи срещу приемането на прогресивния модел. От точка 131 по-горе обаче следва, че Комисията не е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че що се отнася до изчисляването на подходящото възнаграждение за функцията на разширяване на търговските дейности, спорната вноска може да се сравни със серия от пет по-малки скрити вноски.

215 Във всеки случай следва да се установи, че дори ако не се отчита прогресивният модел, от прегледа на взетите предвид от Комисията операции в съображение 164 от обжалваното решение не следва, че големият размер непременно предполага добавка към гаранционното възнаграждение. Така за вноската на SGZ-Bank (октомври 1998 г.) от само 50 милиона DEM (около 25 милиона евро) е определено гаранционно възнаграждение от 1,20 %, докато за траншовете по своята вноска от 700 милиона USD (януари 1998 г.) Deutsche Bank плаща единствено гаранционно възнаграждение от 0,75 % и от 0,8 %.

216 По отношение на изтъкнатия от Комисията довод в съдебното производство, довело до постановяването на Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, достатъчно е да се напомни, че Общият съд е отменил разглежданото решение на Комисията и че в своето Решение по преписка WestLB от 2004 г. Комисията вече не изисква плащането на добавката поради значителния обем на операцията, която се е опитала да обоснове.

217 При това положение следва да се приеме, че жалбоподателят не е доказал, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, като не е приела, че поради абсолютния размер на спорната вноска възнаграждението трябва да бъде повисоко от договореното.

218 Що се отнася, пето, до буфера на дружествения капитал, според жалбоподателя въпреки че в съображение 169 от обжалваното решение Комисията приема, че големината на спорната вноска сprямо дружествения капитал налага възнаграждението за тази вноска да бъде над средното основно гаранционно възнаграждение на пазара, тя трябвало да вземе предвид и факта, че цялата вноска е приета за първичен капитал над максималния предел от 15 % на хибридните инструменти на първичния капитал, предвиден от декларацията от Сидни, и то на Helaba, а не на групата, към която Helaba принадлежи.

219 Налага се изводът, че доколкото признаването на цялата вноска за първичен капитал на Helaba е станало възможно поради трайния ѝ характер, няма

причина да се приеме, че твърдяното от жалбоподателя обстоятелство включва добавка, отделна от тази, която произтича от неопределения ѝ срок. Що се отнася до факта, че спорната вноска е призната за първичен капитал на Helaba, а не на групата, към която последната принадлежи, необходимо е да се напомни, че жалбоподателят твърди единствено, че това признаване дава възможност за по-голяма гъвкавост на Helaba при използването на средствата. С оглед на широкото право на преценка, с което разполага Комисията, когато определя съответстващото на пазарните условия възнаграждение, трябва да се установи, че с това твърдение изобщо не може да се докаже наличието на явна грешка в преценката от страна на Комисията.

220 Ето защо следва да се възприеме възгледът, според който доводите на жалбоподателя не дават основание да се счита, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, като не е приела, че поради ограничения буфер на дружествения капитал възнаграждението трябва да бъде по-високо от договореното.

221 Що се отнася, шесто, до дългосрочния рейтинг на Helaba, жалбоподателят критикува преценката на Комисията в съображение 171 от обжалваното решение, според която частен инвеститор би очаквал, че поетият с Helaba риск от загуба е сходен с риска за инвестиция в една от големите частни банки, цитирани в споменатото решение. В това отношение той изтъква, че няма как, ако се изключат гаранциите от страна на държавата, въпросният рейтинг да е сходен с рейтинга на цитираните в обжалваното решение големи частни банки и следователно референтните транзакции да могат да се използват за сравнение, без да се направи никакво адаптиране. Освен това той поддържа, че Комисията не е мотивирала преценката си в това отношение.

222 Необходимо е да се отбележи, че в подкрепа на твърдението си, според което няма как, без гаранциите от страна на държавата, дългосрочният рейтинг на Helaba да е сходен с този на цитираните в обжалваното решение големи частни банки, жалбоподателят посочва единствено, че ако коефициентите на Helaba са били сравнени с тези на големите частни банки, тя „вероятно“ би получила полош рейтинг.

223 От друга страна, жалбоподателят не поставя под въпрос твърдението на Федерална република Германия, на което се позовава Комисията в обжалваното решение (съображение 171), че преди 2001 г. не е съществувал никакъв метод за изчисляване на дългосрочния рейтинг на регионалните банки, като не се отчита задължението за поддържане на дейността и за гарантиране, възложено към съответния момент на публичноправните органи. В писмената си реплика жалбоподателят действително изтъква, че ако не се вземат предвид въпросните гаранции от страна на държавата, рейтингът на Helaba през 1998 г. и 1999 г. е по-нисък от този на големите частни банки и във връзка с това посочва вътрешния рейтинг и рейтинга за финансова стабилност на Helaba, сравнявайки ги с рейтингите на споменатите частни банки през тези години. С оглед на обстоятелството обаче, че от представения в подкрепа на това твърдение документ е видно, че вътрешният рейтинг и рейтингът за финансова стабилност са различни от дългосрочния рейтинг, при липсата на други уточнения позоваването на по-ниските рейтинги на Helaba само по себе си не е достатъчно нито да се докаже, че дългосрочният ѝ рейтинг непременно би бил по-нисък от този на големите частни банки, ако е бил установен, без да се вземат предвид гаранциите от страна на държавата, нито че в края на 1998 г. е имало начин да се определи подобен рейтинг за Helaba.

224 При това положение следва да се възприеме възгледът, според който жалбоподателят не е доказал, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, предполагайки, че при липсата в края на 1998 г. на подходящ метод за изчисляване на дългосрочния рейтинг на регионалните банки, като се изключат гаранциите от страна на държавата, частен инвеститор би очаквал, че поетият с Helaba риск от загуба е сходен с риска за инвестиция в една от големите частни банки, цитирани в споменатото решение.

225 В допълнение, обжалваното решение е достатъчно мотивирано в това отношение. Всъщност следва да се отбележи, че целта на критикуваната от жалбоподателя преценка на Комисията е не да се отрече релевантността на евентуалната добавка към възнаграждението, а е свързана с поисканото от Федерална република Германия намаление поради твърдяната за нискорискова инвестиция в Helaba на основание на гаранциите от страна на държавата. Това обстоятелство разкрива, че Комисията се ограничава да посочи причините, поради които изчисляването на възнаграждението не трябва да се основава на дългосрочния рейтинг на Helaba към края на 1998 г. и не се съсредоточава върху точния рейтинг, който тя би имала при липсата на гаранции от страна на държавата.

226 Що се отнася, седмо, до факта, че цялата вноска е записана от само един инвеститор, жалбоподателят твърди, че при референтните операции скритите вноски са записани от много инвеститори като всеки в общи линии инвестирал между 5 и 10 милиона евро или само по изключение до 100 милиона евро. Той изтъква, че докато провинцията придобила 40 % от собствените средства на Helaba, при референтните операции частта на индивидуалните инвеститори от собствените средства на съответните банки била под 1 %.

227 Жалбоподателят оспорва твърдението на Комисията в писмената ѝ защита, че от гледна точка на действащите към края на 1998 г. пазарни практики разграничаването според частта на всеки инвеститор от емисията е лишено от основание. В това отношение той твърди, че споменатото твърдение е в противоречие с практиката на Общия съд, който в Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе (точка 255), приема, че частният инвеститор „желае да максимизира печалбите си, но без да поема прекалено високи рискове в сравнение с останалите участници на пазара“. Жалбоподателят поддържа, че инвеститорът поема много по-високи рискове в сравнение с други пазарни оператори, когато инвестира като единствен инвеститор в емисия, и по-конкретно когато размерът ѝ е значителен, отколкото в случаите, в които записва заедно с други участници на пазара, както в случая с цитираните за сравнение от Комисията транзакции на германски частни банки, много по-малък транш от емисия, чийто общ размер освен това е по-малък.

228 Той добавя, че спорната вноска значително увеличава рисковия профил на портфейла на провинцията, тъй като съсредоточава рисковете от него върху само един длъжник. В това отношение жалбоподателят отбелязва, че диверсификацията на риска има силата на общ принцип при управлението на търговския риск и че правилата в областта на надзора, свързани с „големите рискове“, изхождат от принципа, че съсредоточаването на рискове върху само един длъжник е особено опасно.

229 В това отношение следва да се отбележи, че макар записването на целия размер на вноска, която представлява 40 % от собствените средства на банката емитент, да води до по-висок риск за инвеститора отколкото записването на част, представляваща под 1 % от посочените средства, добавка към възнаграждението би

могла да се обоснове единствено ако това обстоятелство включва предимство за банката емитент, което последната е готова да заплати или ако тази банка има необходимост от предложените от инвеститора средства и не е в състояние да ги получи от други лица. От друга страна, ако увеличението на риска за инвеститора следва от решение, което той е приел поради негови собствени съображения, без да е повлиян от желанията или нуждите на банката, тя ще откаже да плаща добавка към възнаграждението и ще се снабди със средства от други инвеститори (вж. в този смисъл Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, точка 320).

230 В случая по-високият риск, който произтича за провинцията от факта, че тя притежава значителна част от собствените средства на Helaba, е последица от решението ѝ да не разделя специалния фонд поради недостатъците, които биха произтекли от това, а не от интереса на Helaba, която както бе установено (вж. точки 39—42 по-горе) не е имала необходимост спешно да увеличи в значителна степен средствата си, която да я подтикне да приеме да плаща добавка към възнаграждението.

231 От друга страна, няма причина да се смята, че Helaba не би могла евентуално да се снабди от няколко инвеститора на пазара със средства до размера на спорната вноска, като се има предвид прогресивният модел, при условия, които също допускат признаването на тези средства за първичен капитал и срещу основно гаранционно възнаграждение, равностойно на договорения от провинцията и от Helaba процент.

232 Ето защо, макар големият дял на провинцията в първичния капитал на Helaba да води до увеличаване на поетия от нея риск, не е очевидно, че с това обстоятелство се създава предимство, за което Helaba би трябвало да плаща добавка. При тези обстоятелства следва да се счита, че Комисията не е допуснала явна грешка в преценката, като не е приела, че възнаграждението трябва да е по-високо от договореното, тъй като спорната вноска е записана от само един инвеститор.

233 Що се отнася, осмо, до незаместимостта на спорната вноска или нейната ограничена заместимост, жалбоподателят изтъква, че това обстоятелство отличава спорната вноска от използваните от Комисията операции за сравнение, доколкото с нея на провинцията се забранявало да изтегля инвестицията си.

234 В това отношение следва да се отбележи, както в точка 229 по-горе, че фактът, че някой от аспектите на операцията включва увеличение на поетия от инвеститора риск, обосновава увеличение на възнаграждението единствено ако посоченият аспект съдържа предимство за банката или ако последната не е в състояние да откаже предложените средства.

235 В случая обаче незаместимостта на спорната вноска или нейната ограничена заместимост не включва предимство за Helaba.

236 Всъщност от преписката по делото е видно, че емитираните на пазара скрити вноски са емитирани чрез дружество, което записва вноската като скрит съдружник и увеличава необходимия капитал на пазара. Така инвеститорите записват пряко скритата вноска не в банката емитент, а в дружеството посредник. Последното дружество обаче, в качеството си на скрит съдружник, може да прехвърли правата си по скритата вноска само със съгласието на банката емитент.

237 В случая провинцията, която вече е разполагала с капитал за инвестиране, участва в операцията като скрит съдружник вместо дружеството посредник. От това следва, че за Helaba операцията се развива, както при вноските, емитирани на пазара и че тя не получава никакво допълнително предимство от факта, че спорната вноска не се котира на борсата, понеже единствените релевантни за нея характеристики са тези, които дават възможност вноската да се приеме за първичен капитал над максималния предел от 15 %, утвърден с декларацията от Сидни за хибридните инструменти на първичния капитал, а именно неопределеният срок, липсата на право на скрития съдружник да прекратява вноската и клаузата „step-up“. В това отношение е необходимо да се отбележи, че в съдебното заседание на въпрос на Общия съд относно предимствата за Helaba от това, че спорната вноска не се котира на

борсата, жалбоподателят потвърждава, че не знае дали това обстоятелство реално води до предимство за Helaba.

Извод относно сравнението на основното възнаграждение с изискваното на пазара основно гаранционно възнаграждение

238 От изложеното дотук следва, че при обстоятелствата в случая Комисията може да счита, без да допуска явна грешка в преценката, че частен инвеститор, който се намира в сходно положение с това на провинцията, не би успял да получи от Helaba основно възнаграждение, по-високо от договореното между страните, тъй като елементите, които водят до увеличение на риска за провинцията, са следствие от характера на специалния ѝ фонд и от направения от нея избор и не съдържат предимство за Helaba спрямо това, което тя би получила на пазара. При това положение Комисията не е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че общата тежест от 1,43 %, която произтича за Helaba от основното възнаграждение за спорната вноска, като се отчита ефектът от търговския данък, не предоставя предимство на Helaba, което тя не би могла да получи при пазарни условия.

в) Относно сравнението на добавката за траен характер с изискваната на пазара добавка към гаранционното възнаграждение

Обжалваното решение

239 Комисията установява в обжалваното решение, че спорната вноска се различава от повечето посочени от Федерална република Германия операции, доколкото тя представлява „perpetual“, и приема, че това обстоятелство налага плащането на добавка към възнаграждението, тъй като за провинцията то води до увеличение на риска да не може да следва промените на лихвените проценти, а за Helaba — до нараснала икономическа стойност, понеже позволява да се

надхвърли максималният предел от 15 %, утвърден с декларацията от Сидни (съображения 173 и 174 от обжалваното решение).

240 Комисията посочва, че за да определи дали ставката от 0,23 %, която съответства на договорената между страните добавка за траен характер, увеличена със съответната част на търговския данък, отговаря на пазарните условия, тя не може или може само в много ограничена степен да се основава на пазарни данни към момента на извършване на операцията, тъй като страните в известна степен действали като пионери на пазара. Тя обаче твърди, че на публичен инвеститор или на публична банка не може да се забрани да действа като пионер на пазара и че следователно следва да се разгледа единствено дали определянето на добавката за траен характер не е явно опорочено от грешка в преценката от икономическа гледна точка, т.е. дали то евентуално не се основава на неправилни критерии за преценка (съображения 176 и 177 от обжалваното решение).

241 Тя твърди, че с оглед на малкото налични данни за годината, през която е направена спорната вноска, и за следващата година, предложеното от Федерална република Германия изчисление, което следва от сравнението между възнаграждението за „perpetual“ на Deutsche Bank и за скрита вноска на Dresdner Bank и води до добавка от около 0,29 %, е приемливо. От това тя прави извод, че няма причина да счита, че релевантната сравнима ставка от 0,23 % годишно за добавката поради траен характер е под пазарната ножица и че следователно Helaba е поставена в по-благоприятно положение, т.е. се е ползвала от държавна помощ (съображения 182 и 183 от обжалваното решение).

Доводи на страните

242 Жалбоподателят твърди, че Комисията допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че изчислената въз основа на скрити вноски за определен срок референтна ножица не следва да се променя, за да се отчете неопределеният срок на спорната вноска.

243 На първо място, жалбоподателят твърди, че Комисията е допуснала грешка, приемайки, че провинцията и Helaba са действали като пионери и че следователно на тях трябвало да се предостави по-голяма свобода на преценка. В това отношение той твърди, че Helaba и провинцията не са действали като пионери, тъй като впоследствие не е реализирана никаква друга операция с характеристиките на спорната вноска и най-вече понеже от проведените в Hessischer Landestag обсъждания, преди да се направи спорната вноска, е видно, че страните са се опитали да възпроизведат точно извършените между други провинции и други Landesbanken операции, възнаграждението за които е прието от Комисията за съдържащо елементи на държавна помощ.

244 На второ място, жалбоподателят изтъква, че за прегледа си Комисията не може да отчита „perpetuals“ от периода май 1999 г.—декември 2003 г. В това отношение той поддържа, че след като няма никакви пазарни данни на разположение, Комисията не може да предполага, че обстоятелствата, взети предвид от частен инвеститор между май и юли 1999 г. или през декември 2003 г., вече са съществували — такива, каквито са — още в края на 1998 г., тъй като реалното развитие на европейския капиталов пазар доказва обратното. Ето защо според него транспонирането без никаква обосновка на конкурентното положение през 1999 г. към 1998 г. представлява очевидна грешка.

245 На трето място, той поддържа, че във всеки случай четирите операции — три реализирани от Deutsche Bank и една от Dresdner Bank, — използвани от Комисията като отправна точка за изчисляване на добавката за траен характер, не са сходни със спорната вноска, що се отнася до общия размер и инвестирания размер от инвеститора, дела на различните вноски от първичния капитал на банките емитенти, признаването им като първичен капитал на банката или на групата, както и възможността за дезинвестиране.

246 На четвърто място, той изтъква, обратно на твърдяното от Комисията, че приложената по-голяма добавка спрямо възнаграждението за „perpetual“ на Deutsche Bank в сравнение със скритата вноска на Dresdner Bank не може да се обоснове с по-добрия рейтинг на „perpetual“. В отговор на зададен на съдебното заседание въпрос от Общия съд жалбоподателят изяснява, че целта на този довод е да

се изтъкне, че по-лошият рейтинг на „perpetual“ на Deutsche Bank в сравнение с този на скритата вноска за определен срок на Dresdner Bank не позволява да се приеме, че добавката за траен характер на пазара е под ставката от 0,29 %, изчислена чрез сравняване на тези три операции, понеже рейтингите се влияят от голям брой фактори.

247 Комисията и встъпилите страни оспорват тези доводи.

Съображения на Общия съд

248 На първо място, що се отнася до довода на жалбоподателя, според който провинцията и Helaba не са действали като пионери, тъй като само са се опитвали да наподобят предходните операции на Landesbanken, първо, следва да се установи, както подчертава Helaba, че стенограмата от заседанието на икономическата комисия на Hessischer Landestag от 2 декември 1998 г., на която се основава жалбоподателят, не подкрепя този довод. От посочения документ действително е видно, че споменатите операции са взети предвид, но от него също така следва, че провинцията и Helaba са отчели и факта, че Комисията е започнала процедури по отношение на тези операции, както и че са проведени обсъждания, за да се договорят условията на спорната вноска. Второ, относно довода, според който впоследствие не е реализирана никаква операция, сходна със спорната вноска, достатъчно е да се препрати към предходния анализ във връзка с квалификацията на спорната вноска, както и към отчитането на нейните разлики с цел да се определи съответстващото на пазарните условия възнаграждение.

249 На второ място, що се отнася до довода на жалбоподателя, според който не е възможно Комисията да отчита „perpetuals“ от май 1999 г. до декември 2003 г., необходимо е да се отбележи, че Комисията не може да се противопостави на договорената между провинцията и Helaba добавка за траен характер, ако не разполага с минимална информация, на която да се основе, за да приеме, че размерът на тази добавка е под установения на пазара. Комисията разглежда последващото развитие на пазара именно за да открие тази информация и

така да ограничи свободата на действие на страните по спорната вноска. При това положение с критиката на жалбоподателя, която има за цел да попречи на Комисията да използва данните за периода, след като е направена спорната вноска, не може да се докаже, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че няма причина да се смята, че договорената между провинцията и Helaba добавка за траен характер не съответства на пазарните условия.

250 Във всеки случай се налага изводът, че доводът на жалбоподателя, според който пазарът на хибридните инструменти на първичния капитал отбелязва много силен растеж през 1999 г., не е достатъчен, за да се докаже, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че може да се основава на операции след спорната вноска, тъй като няма основание да се предполага, че добавката към възнаграждението поради трайния характер на скрита вноска е претърпяла големи промени във времето (съображения 177 и 178 от обжалваното решение). Всъщност фактът, че пазарът на хибридните инструменти на първичния капитал отбелязва много силен растеж през 1999 г. сам по себе си не означава, обратно на твърдяното от Комисията в обжалваното решение, че размерът на добавката за траен характер е по-нисък през тази година, така че използването от Комисията на данни, които препращат към този период, да може да обори нейния извод. Освен това жалбоподателят не изяснява с какво отбелязаният от пазара растеж би имал отражение върху процента на добавката за траен характер. От друга страна, жалбоподателят не представя доводи, които позволяват да се приеме, че провинцията и Helaba не могат надлежно да изчислят през декември 1998 г. размера на добавката, който впоследствие би бил определен от други банки.

251 На трето място, що се отнася до оплакването, според което спорната вноска не била сходна с четирите посочени от Комисията вноски, жалбоподателят изтъква доводи — вече изложени нееднократно в подкрепа на твърдението му, че спорната вноска има профил на риска, който представлява пречка за сравнението ѝ с други скрити вноски, — които са отхвърлени от Общия съд.

252 Жалбоподателят също така твърди, че обстоятелството, че използваните от Комисията за сравнение вноски се котират на борсата, предполага, че те не са за неопределен срок от гледна точка на инвеститора и че следователно увеличеният

риск от загуба на капитала в сравнение с финансов инструмент за определен срок, доколкото такъв съществува, е незначителен. От друга страна, в случая на спорната вноска провинцията не разполагала с възможност за дезинвестиране и следователно размерът на добавката за траен характер трябвало да е по-висок, отколкото при скритите вноски, котирани на борсата.

253 В това отношение обаче следва да се отбележи, че разликата в степента на заместимост между използваните от Комисията вноски за сравнение и спорната вноска и следователно във възможността за дезинвестиране е просто последица от факта, че за разлика от инвеститорите в котирани на борсата скрити вноски, провинцията инвестира не ликвидно, т.е. заместимо имущество, а специален фонд, който тя не желае да продава и иска той да ѝ бъде върнат единствено в натура. Освен това невъзможността на провинцията за дезинвестиране или много ограничената възможност за това не предоставя допълнително предимство на Helaba, за което по тази причина тя би трябвало да плаща възнаграждение.

254 Ето защо в случая следва да се установи, че за частен инвеститор, който се намира в същото положение като това на провинцията, би било невъзможно в рамките на преговори при нормални пазарни условия да пренебрегне обстоятелството, че невъзможността за дезинвестиране или ограничената възможност за това е последица от избора ѝ относно управлението на специалния фонд, а не от нуждите на Helaba. Така подобен инвеститор би трябвало да вземе предвид гледната точка на Helaba и това, че последната не би била склонна да плаща по-високо възнаграждение за недостатък за провинцията, който е следствие от собствения ѝ избор и не води до допълнително предимство за Helaba.

255 На четвърто място, що се отнася до довода на жалбоподателя, според който полошият рейтинг на „perpetual“ на Deutsche Bank в сравнение с този на скритата вноска за определен срок на Dresdner Bank не допуска да се намали добавката за траен характер, изчислена чрез сравнение на тези операции, следва да се установи, че в това отношение Комисията не е приела за точно предложеното от Федерална република Германия изчисление, а само твърди, че то е приемливо. От друга страна, доводът на жалбоподателя всъщност е пречка за Комисията да направи в случая каквото и да било сравнение с пазара, тъй като, както той признава в съдебното заседание, възнаграждението за всяка реализирана на пазара

операция зависи от множество фактори, чието отражение върху крайното възнаграждение е трудно да се изчисли с точност.

256 Във всеки случай е необходимо да се отбележи, че след като изводът на Комисията относно договорената в случая добавка за траен характер не се основава само на това изчисление, дори този довод да е обоснован, с него не може да се докаже, че споменатият извод е явно погрешен. Както всъщност бе посочено в точки 240 и 241 по-горе, Комисията по-конкретно взема предвид факта, че провинцията и Helaba действат като пионери на пазара, и евентуално обстоятелството, че сравнението на възнаграждението за посочените от Федерална република Германия „perpetuals“ не дава възможност да се направи извод, че равнището на възнаграждението за „perpetuals“ е по-високо от това на скритите вноски за определен срок.

257 С оглед на всичко изложено дотук следва да се възприеме възгледът, според който жалбоподателят не е доказал, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че няма никакво основание да направи извод, че релевантната сравнима ставка от 0,23 % годишно за добавката поради траен характер е под пазарната ножица и че следователно Helaba е поставена в по-благоприятно положение и поради това се е ползвала от държавна помощ.

Извод относно разглеждането на съответствието на гаранционното възнаграждение с пазарните условия

258 От предходното следва, че Комисията не е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че понасяната от Helaba тежест поради спорната вноска съответства на договаряното на пазара гаранционно възнаграждение за сходни операции и следователно не предоставя предимство на Helaba, което последната не би могла да получи при пазарни условия.

5. *Относно факта, че Комисията приспада от възнаграждението разходите за рефинансиране, които произтичат за Helaba от неликвидността на вноската*

а) Обжалваното решение

259 Комисията посочва, че след като със спорната вноска на Helaba не се предоставят ликвидни средства, в тежест на последната били допълнителни разходи за рефинансиране в сравнение с разходите, които трябва да се понасят от получилата ликвидна вноска банка, тъй като Helaba все още трябвало да получи на пазара споменатите ликвидни средства, за да може да разшири дейностите си по същия начин (съображение 184 от обжалваното решение). Ето защо според нея Helaba трябва да плаща възнаграждение само за риска, на който провинцията излага своя фонд, т.е. да плаща на провинцията единствено гаранционното възнаграждение, което надхвърля приложимия на междубанковия пазар процент на рефинансиране (съображения 162 и 187 от обжалваното решение).

260 В това отношение Комисията отхвърля довода на жалбоподателя, според който от възнаграждението трябва да се приспаднат само разходите за рефинансиране след облагане с данък, посочвайки, че за разлика от посочената от жалбоподателя преписка WestLB със спорната вноска на Helaba не се предоставя допълнително данъчно намаление в сравнение с това, предоставено с ликвидна вноска, която би обосновала по-малко намаление (съображения 185 и 186 от обжалваното решение).

б) Доводи на страните

261 Жалбоподателят изтъква, от една страна, че обжалваното решение е опорочено поради липса на мотиви и от друга, че то не отговаря на критерия за частния инвеститор.

262 По отношение на липсата на мотиви той твърди, че пълното приспадане на процента на рефинансиране изцяло противоречи както на възприетата от Комисията позиция в решението за започване на официална процедура по разследване, така и на практиката на Общия съд, и поддържа, че при това положение Комисията би трябвало да мотивира решението си особено внимателно. Жалбоподателят изтъква, че обжалваното решение не дава възможност да се разбере на кои критерии се основава Комисията, за да приеме, че Helaba действително понася допълнителни разходи за рефинансиране до брутния процент на рефинансиране, защо Helaba трябва да плаща единствено гаранционното възнаграждение над референтния лихвен процент, дали гаранционното възнаграждение трябва да се основава на брутния процент на рефинансиране или на процентите Libor или Euribor, или дали референтният процент и процентът Libor са един и същ процент.

263 По отношение на прилагането на критерия за частния инвеститор жалбоподателят изтъква, че като приема, че Helaba трябва да плаща само за риска, на който провинцията излага своя специален фонд, избирайки за него формата на скрита вноска, Комисията прилага неправилно този критерий с мотива, първо, че неликвидността вече била компенсирана с намалената стойност при включване на специалния фонд, второ, че частен инвеститор не би приел възнаграждението му да бъде намалено поради неликвидността на инвестицията му, и трето, че във всеки случай Общият съд вече е имал повод да постанови, че частен инвеститор би приел единствено намаление до размера на реално понесените от банката разходи поради неликвидност.

264 Комисията и встъпилите страни оспорват тези доводи.

в) Съображения на Общия съд

265 Що се отнася до твърдяната липса на мотиви, налага се изводът, че от съображения 184—187 от обжалваното решение следва, че според Комисията неликвидността на инвестиция в първичен капитал води до по-високи разходи за дадена банка в сравнение с разходите, свързани с ликвидна инвестиция, тъй като банката трябва да се снабди на пазара с ликвидна сума, равна на стойността на

инвестицията. Ето защо банката би приела тази инвестиция само ако с договореното възнаграждение се отчитат допълнителните разходи, които произтичат от неликвидността на инвестицията и следователно се позволява разходите за подобна инвестиция да се изравнят с разходите за инвестиция, при която се прехвърлят ликвидни средства.

266 Когато както в случая на скрити вноски като спорната вноска и възнаграждението за вноската, и допълнителните разходи се плащат преди облагане с данък, според Комисията разходите за ликвидна и за неликвидна вноска могат да бъдат едни и същи единствено ако възнаграждението за вноската се изчислява без отчитане на лихвения процент, чиято цел в случая на ликвидни скрити вноски е да се плати възнаграждение поради предоставянето на ликвидни средства. Когато обаче, както в преписката WestLB, възнаграждението за инвестицията се плаща след облагане с данък, тъй като инвестицията не е под формата на скрита вноска, въпреки че разходите за рефинансиране продължават да се разглеждат като търговски разходи и се правят преди облагане с данък, могат да се отчетат само нетните разходи за рефинансиране, понеже в обратния случай неликвидната инвестиция би била по-евтина за банката от ликвидна инвестиция. В последния случай Комисията приема, че инвеститорът би поискал по-високо възнаграждение, за да компенсира това предимство за банката.

267 Налага се изводът, че Комисията е изяснила в достатъчна степен, включително от гледна точка по-специално на преписката WestLB, защо според нея в случая Helaba действително понася допълнителни разходи за рефинансиране до размера на брутния процент на рефинансиране в сравнение с ликвидна скрита вноска и следователно защо Helaba трябва да плаща само гаранционното възнаграждение над референтния лихвен процент. Впрочем с оглед на тези мотиви не е било необходимо Комисията да посочва дали гаранционното възнаграждение би трябвало да се основава на брутния процент на рефинансиране или на процентите Libor или Euribor, нито кой би бил референтният процент.

268 Що се отнася до доводите на жалбоподателя във връзка с обосновката за приспадане на разходите за финансиране, те следва да се разгледат отделно.

По довода, според който неликвидността вече е отчетена с намалената стойност при включване

269 В това отношение жалбоподателят изтъква, че докато към 31 декември 1998 г. портфейлът от заеми на специалния фонд възлиза на около 4 милиарда евро, вписаната в счетоводния баланс на Helaba скрита вноска възлиза само на около 1,264 милиарда евро. Той твърди, че определянето на актуализираната стойност изравнява спорната вноска с всеки друг вид актив със същия размер, включително ликвиден, по-специално доколкото се предполага, че тя носи лихви при нормалния пазарен процент. От това жалбоподателят прави извод, че частен инвеститор би отчел доходите на Helaba от увеличението на стойността на специалния фонд и би ги съпоставил с евентуалните разходи за рефинансиране, понесени от банката.

270 В това отношение следва да се отбележи, както твърди Комисията, че оценката на стойността на специалния фонд към деня на прехвърлянето му на Helaba няма никаква връзка с допълнителните разходи за Helaba поради спорната вноска в сравнение с ликвидна скрита вноска. Всъщност фактът, че оценката на стойността на специалния фонд е направена не само от страните по спорната вноска, но и от BAKred — с цел да се установи каква стойност може да се впише в счетоводния баланс на Helaba като първичен капитал, —ясно показва, че при тази оценка не са отчетени недостатъците за Helaba от неликвидността и разходите за рефинансиране, които тя трябва да направи, за да разшири в максимална степен дейностите си. Тази стойност, изчислена за да се защитят кредиторите — трети лица, следователно е една и съща, независимо дали Helaba реши реално да разшири дейностите си в максимална степен или не. Ето защо това е обективна стойност, която не зависи от използването на специалния фонд. Тази стойност би била същата ако фондът бе продаден на частно предприятие или на публичноправен орган, който просто желае да продължи дейността на специалния фонд и поради това няма нужда да получи ликвидни средства до стойността на фонда.

271 Впрочем експертният доклад, поискан от Комисията в административното производство по преписката WestLB, потвърждава този извод. Всъщност даденият във въпросния доклад пример, изведен от продажба от органите на Обединеното

кралство Великобритания и Северна Ирландия на къщи, отдавани под наем на военнослужещи срещу наем под пазарно установения, при която платената от купувача цена е равна на актуализираната стойност, потвърждава, че споменатата стойност съответства на обективната продажна цена, независимо с каква цел продавачът смята да използва прехвърления фонд.

272 Макар да е точен отбелязаният в този доклад факт — който жалбоподателят посочва в настоящия случай, за да възрази срещу приспадането на разходите за рефинансиране, — че след изчисляване на актуализираната стойност се предполага, че прехвърленият фонд носи лихви при пазарния процент, той все пак не може да е пречка за посоченото приспадане. Всъщност, от една страна, от израза „се предполага, че“ в споменатия доклад следва, че става въпрос за прогноза, а не за сигурен факт, който би могъл да се отчете, за да се компенсират разходите за рефинансиране. Така не може да се изключи възможността актуализираната стойност на фонда няколко години след първата ѝ оценка да не е равна на първата стойност, увеличена с неизплатените лихви, а по-малка, например поради невръщане на част от отпуснатите заеми. От друга страна, от обжалваното решение и по-специално от съображения 18 и 30 следва, че вписаната в счетоводния баланс стойност на фонда остава стабилна между 1999 г. и 2003 г., както и че включването на специалния фонд в Helaba не води до приток на ликвидни средства или на доходи за банката, тъй като плащанията по заемите за строителство на социални жилища са предназначени за специалния фонд и трябва да се използват за предоставяне на помощ. От това следва, че обстоятелството, че актуализираната стойност на специалния фонд е по-малка от номиналната му стойност, не води до годишна печалба за Helaba.

273 Ето защо трябва да се приеме, както поддържат Комисията и встъпилите страни, че фактът, че към деня на включване на специалния фонд неговата актуализирана стойност, както е призната от страните и от BAKred, е по-ниска от номиналната му стойност, не компенсира и няма за цел да компенсира разходите за финансиране, понесени от Helaba, за да се снабди с ликвидни средства на пазара до размера на спорната вноска. Следователно настоящият довод трябва да се отхвърли, без да е необходимо да се иска от Комисията да предостави, както предлага жалбоподателят, двата експертни доклада, с които се установява актуалната стойност на спорната вноска, споменати в съображение 16 от обжалваното решение.

По довода, изведен от обстоятелството, че частен инвеститор не би приел да се приспаднат разходите за рефинансиране

274 Според жалбоподателя, като приема, че частен инвеститор би приел възнаграждението му да бъде намалено поради неликвидния характер на вноската му, Комисията допуска две грешки — едната от счетоводно, а другата от макроикономическо естество.

275 Счетоводната грешка се състояла в създаването на връзка между решението на провинцията да внесе своя специален фонд и решението на Helaba да го приеме. Жалбоподателят твърди, че всяко от тези решения се определя от параметри — перспективи за доход, риск, разходи за рефинансиране, — които се установяват не от страните, а от капиталовия пазар и че един инвеститор няма да направи вноска, ако не очаква да получи доход, който съответства на поетия риск. Що се отнася до критиките на Комисията, че жалбоподателят основал разсъжденията си на „теорема на разделянето“, която, освен че не била единствената формулирана, противоречала и на критерия за частния инвеститор, той твърди, че съществува само една „теорема на разделянето“, както и че критерият за частния инвеститор не само не ѝ противоречи, но и се основава на нея.

276 Макроикономическата грешка на Комисията се състояла в схващането ѝ, че частен инвеститор би предоставил част от имуществото си на разположение на кредиторите на Helaba за неопределен срок срещу ставка от 1,4 %, която не само е много по-ниска от лихвите по безрисковите заеми към съответния момент — а именно 4 %, — но и не достига дори процента на дългосрочна инфлация. Освен това жалбоподателят оспорва твърдението на Комисията, че процентът на възнаграждението е по-нисък от този за ликвидна вноска, понеже не ставало въпрос за обичайна вноска. В това отношение той изтъква, че в спорната вноска няма нищо необичайно, тъй като често се правят вноски в натура като сгради, парцели или производствени обекти.

277 В това отношение е необходимо да се припомни, че от Решение по дело WestLB, точка 7 по-горе, следва, че във връзка с квалификацията като държавна помощ

на инвестиция в предприятие не може да се изтъква, че за да се изчисли подходящото възнаграждение, е релевантна единствено гледната точка на инвеститора. Така Общият съд приема, че за частен инвеститор, който се намира в същото положение както провинция Северен Рейн-Вестфалия, би било невъзможно в рамките на преговори при нормални условия на пазарна икономика да пренебрегне неликвидността на внесения капитал и факта, че за WestLB същият е от ограничена полза. Следователно според Общия съд провинция Северен Рейн-Вестфалия не е могла да изисква за този капитал възнаграждение, сходно с възнаграждение за ликвиден капитал (Решение по дело WestLB, точка 7 погоре, точки 326 и 328). Освен това е необходимо да се припомни, че когато се прилага правото на държавни помощи, определящо е наличието на предимство за предприятието. От посоченото следва, че в случай като настоящия, в който провинцията иска да инвестира актив с особен характер, дадена операция не може да се разглежда като водеща до държавна помощ, когато след преговорите между желаещия да инвестира публичноправен орган и предприятието условията, които последното е готово да приеме поради недостатъците за него вследствие на естеството на прехвърления капитал, включват по-ниско възнаграждение от договаряното на пазара за ликвидни инвестиции. Всъщност, доколкото тези условия не са по-изгодни за предприятието от условията, които то би могло да получи, ако операцията бе свързана, както в общия случай, с ликвиден капитал, то не печели предимство, което не би могло да получи на пазара. От друга страна, не може да се смята, че за да не се разглежда операция от този вид като водеща до държавна помощ, публичноправният орган трябва винаги да получава за инвестицията си същото възнаграждение, което би получил инвеститор, готов да прехвърли ликвиден капитал.

278 При това положение доводите на жалбоподателя относно инфлацията и лихвите по безрисковите заеми трябва да се отхвърлят, тъй като се основават на предположението, че от значение е само гледната точка на инвеститора и че единствено тя е релевантна за сравнението между получаваното от провинцията възнаграждение и това, което би било поискано от поемащ същите рискове инвеститор, независимо от предимствата и недостатъците за Helaba от спорната вноска в сравнение с референтните операции.

279 Този извод не може да се опровергае с довода на жалбоподателя, че в спорната вноска няма нищо необичайно, понеже вноските в натура като сгради, парцели

или производствени обекти са често срещани. В това отношение следва да се установи, от една страна, че жалбоподателят не твърди, че хибридните инструменти на първичния капитал като спорната вноска са записани на пазара срещу активи като сгради или парцели. От друга страна, при това сравнение се пренебрегва обстоятелството, че спорната вноска има особен характер дори спрямо подобни активи. Всъщност спорната вноска не само не е ликвидна, но и Helaba не може да получи ликвидни средства като я продаде, нито да я използва, за да извлича полза за себе си.

280 При това положение следва да се възприеме възгледът, според който доводът на жалбоподателя, изведен от факта, че договореният между страните по спорната вноска процент е по-нисък от лихвите по безрисковите заеми и от инфлацията, не дава основание да се счита, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че след като със спорната вноска в Helaba не се внасят ликвидни средства и че последната трябва да се снабди с тях на пазара, тя трябва да плаща възнаграждение на провинцията единствено за риска, на който провинцията излага имуществото си (добавка поради гаранционна функция).

Относно факта, че инвеститор най-много би приел да се приспаднат разходите за рефинансиране, които съответстват на реално понесените от Helaba разходи

281 Жалбоподателят напомня, че Helaba може значително да разшири дейностите си със спорната вноска, и изтъква, че по тази причина разходите за рефинансиране трябва да се отнесат не към „отделна дейност“, а към цялата дейност, осъществена вследствие на вноската. Той твърди, че Комисията трябвало да сравни икономическите предимства и недостатъци от дадена ликвидна вноска, от една страна, и от спорната вноска, от друга, и счита, че неликвидният характер на спорната вноска би могъл най-много да обоснове намаление на дохода, но не и фиксирано приспадане на разходите за рефинансиране. Освен това според него Комисията не е отчела обстоятелството, че някои операции не изискват ликвидни средства, а генерират доходи за банката.

282 От друга страна, жалбоподателят смята, че дори ако трябва да се вземе предвид целият процент на рефинансиране, разходите за рефинансиране представляват

търговски разход, който намалява облагаемата основа на Helaba, така че реалната тежест за нея след облагане с данък е по-малка от процента на рефинансиране.

283 По отношение на довода на жалбоподателя, според който Комисията трябвало да сравни икономическите предимства и недостатъци, свързани с вноската, според това, дали тя е ликвидна или не, се налага изводът, че неликвидната вноска не съдържа допълнителни предимства за банката в сравнение с ликвидната вноска. Така възможността за разширяване на дейностите в резултат от увеличаването на собствените средства както за изискващите ликвидни средства дейности, така и за тези, които изискват единствено собствени средства с гаранционна функция, е една и съща, независимо от естеството на внесеното в банката имущество. От друга страна, неликвидната вноска включва допълнителни разходи за банката, освен ако същата не извършва само операции, които не изискват ликвидни средства. Жалбоподателят обаче не твърди, че случаят на Helaba или на банките, емитирали скрити вноски на пазара, е такъв. Впрочем при изчисленията, които представя в писмените си изявления, за да докаже, че относителната пропусната полза за Helaba е значително по-ниска от абсолютния размер на нейните разходи, жалбоподателят също изхожда от принципа, че банката ще се стреми да получи ликвидни средства до прехвърления размер.

284 Освен това по отношение на изчисленията на жалбоподателя следва да се посочи, че те са направени на база на пример, основан на вноска от 100 евро, фактор на разширяване на дейностите от 12,5, ставка на рефинансиране от 4 % и лихва по заем на клиентите на Helaba от 6,6 %. Жалбоподателят изяснява, че при това положение преди плащане на възнаграждението Helaba би получила печалба от 36,50 евро в случай на ликвидна вноска и 32,50 евро при неликвидна вноска и че следователно пропуснатата ѝ полза при получаване на неликвидна вноска е в размер на 4 евро, т.е. 10,96 %. Ето защо той предлага да се намали с 10,96 % възнаграждението, което би било платено за ликвидната вноска, т.е. 5,4 % — съответстващо на лихвите по безрисковите заеми от 4 %, увеличено с добавката поради гаранционна функция от 1,4 %, договорена между провинцията и Helaba. Така според него възнаграждението, което би трябвало да се плати на провинцията, е 4,81 %.

285 В това отношение като начало следва да се установи, че посочените изчисления до голяма степен са спекулативни. Макар използваният от жалбоподателя процент на рефинансиране на безрисковите заеми да е този, който е приложим спрямо десетгодишните държавни облигации в Германия към момента

на спорната вноска, също така е вярно, че Helaba ще трябва да плати по-висок процент от процента по държавните облигации, за да получи рефинансиране на пазара (вж. точка 13 по-горе). Що се отнася до ставката от 6,6 %, освен че в писмените си изявления жалбоподателят не изяснява на какво се основава тя, е очевидно, че една банка не прилага един и същи процент спрямо всички свои операции във всеки момент и за всичките си клиенти.

286 Във всеки случай следва да се установи, че предложеното от жалбоподателя частично приспадане на разходите за рефинансиране позволява да се компенсират само частично по-високите разходи, които включва за Helaba спорната вноска в сравнение с ликвидна вноска. Всъщност, докато от предложеното от жалбоподателя изчисление следва, че понесените от Helaba разходи за рефинансиране с цел да получи ликвидни средства на пазара биха възлизали на 4 евро при заем от 100 евро, намалението на възнаграждението, което тя би платила на провинцията, би било само 0,59 евро. Следователно ако се използва предложеният от жалбоподателя метод, понесената тежест от Helaba поради спорната вноска би била по-висока от тази, която би произтекла от ликвидна вноска.

287 При това положение с довода на жалбоподателя не може да се докаже, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки, че в случая на приспадане подлежат брутните разходи за рефинансиране, за да не стане спорната вноска по-скъпа за Helaba от ликвидна вноска — нещо, което частен инвеститор не би могъл да постигне при обстоятелствата в случая.

288 Що се отнася до довода на жалбоподателя, според който недостатъкът за Helaba в резултат от разходите за рефинансиране се смекчава с предимството за нея от факта, че споменатите разходи намаляват данъчната основа и следователно размера на данъка, достатъчно е да се установи, че дори ако случаят действително е такъв, реализираната от Helaba печалба след облагане с данък следователно е по-ниска и от печалбата, която тя би реализирала, ако вноската бе ликвидна. При това положение неликвидният характер на спорната вноска изобщо не представлява предимство за Helaba.

289 Ето защо настоящият случай трябва да се отграничи от преписката WestLB, по която Комисията — без подходът ѝ да е поставен под въпрос от Общия съд — допуска да се приспадне единствено нетният, а не брутният процент на

рефинансиране, както искат Федерална република Германия и страните по операцията, поради обстоятелството че тъй като трябва да плаща възнаграждение на инвеститора след облагане с данък — за разлика от Helaba, — с прехвърлянето на неликвидно имущество WestLB би реализирала по-голяма печалба от тази, която би получила с ликвиден капитал.

290 Всъщност, след като разходите за рефинансиране имат ограничено отражение върху печалбата на банката поради факта, че намалявайки облагаемата основа те водят до намаление на дължимия данък, отражението на споменатите разходи върху възнаграждението трябва също да е ограничено, така че да не се допусне банката да се ползва едновременно от данъчно намаление и от прекомерно намаление на възнаграждението. Така, като приспада от възнаграждението нетните разходи за рефинансиране, Комисията компенсира увеличението на разходите за WestLB в резултат от споменатите разходи и намалението им, което следва от намалението на подлежащото на плащане възнаграждение, като така прави операцията сходна с операция, която включва прехвърляне на ликвидни средства.

291 С оглед на всичко изложено дотук следва да се приеме, че жалбоподателят не е доказал, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, що се отнася до отчитането на разходите за рефинансиране, понесени от Helaba поради неликвидния характер на специалния фонд.

292 При това положение следва да се приеме възгледът, според който жалбоподателят не е доказал, че Комисията е допуснала явна грешка в преценката, приемайки по същество, че понасяната от Helaba тежест за частта от вноската, която тя е можела да използва, за да гарантира своите търговски дейности, произтичаща от договореното възнаграждение, от търговския данък и от разходите за рефинансиране, както и тежестта от 0,3 % за останалата част от спорната вноска, съответства на тежестта, която Helaba би понесла, ако получи средства, които водят за нея до същите предимства на пазара. В частност Комисията не е допуснала явна грешка в преценката, приемайки с оглед на обстановката, при която се извършва операцията, че обстоятелството, че провинцията е внесла значителна част от първичния капитал на Helaba, както и че не разполага с възможност за свободно дезинвестиране, макар действително да увеличава поетия от провинцията риск, не води до допълнително предимство за Helaba и не би допуснало частен инвеститор да получи добавка към възнаграждението.

293 Ето защо правните основания на жалбоподателя, изведени от нарушение от Комисията на член 87 ЕО, както и от липса на мотиви на обжалваното решение, трябва да бъдат отхвърлени.

294 Следователно жалбата трябва да се отхвърли.

По другите искания на страните

295 Жалбоподателят моли Общия съд да задължи Комисията съгласно член 64, параграф 3 от Процедурния правилник да представи, първо, предоставения в административното производство от Федерална република Германия експертен доклад, който е споменат в съображение 131 от обжалваното решение и се отнася до реда при предпочтително удовлетворение на спорната вноска в случай на несъстоятелност на Helaba, второ, двата експертни доклада, с които се установява актуализираната стойност на спорната вноска, посочени в съображение 16 от обжалваното решение, и трето, споразумението/споразуменията, сключено/сключени между притежателите на дялове от Helaba, довело/довели до „контролното въздействие“ в полза на провинцията, на което се позовава Комисията в Решение C (2005) 3232 окончателен на Комисията от 6 септември 2005 година относно прехвърлянето на Hessischer Investitionsfonds като скрита вноска в Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale, обжалвано в дело Bundesverband deutscher Banken/Комисия (T-36/06), точка 31 по-горе, по което Общият съд постановява решение в един и същи ден с настоящото решение.

296 Жалбоподателят също така моли Общия съд в рамките на устната фаза на производството експертите г-н H. и г-н F. да бъдат изслушани като свидетели.

297 Жалбоподателят освен това моли Общия съд да задължи Helaba да представи цифрови данни за пазарния си дял в Хесен, в Тюрингия и в Германия между 1998 г. и 2004 г.

298 На последно място, той предлага да се изслушат няколко свидетели, ако Комисията оспори някои от твърденията му относно допустимостта на жалбата.

299 По искане на Общия съд (вж. точка 25 по-горе) Комисията представя предоставения в административното производство от Федерална република Германия експертен доклад, свързан с реда при предпочтително удовлетворение на спорната вноска в случай на несъстоятелност на Helaba. Общият съд обаче счита, че с оглед на дадените от страните обяснения в хода на производството не е необходимо да се иска представянето на двата експертни доклада, с които се установява актуализираната стойност на спорната вноска. Що се отнася до споразумението/споразуменията, сключено/сключени между притежателите на дялове в Helaba, на което/които с позовава Комисията в Решение C (2005) 3232 окончателен, налага се изводът, че след като нито една преценка на Комисията в обжалваното решение не се основава на въздействието на провинцията върху Helaba, този документ не е необходимо да бъде представен.

300 Общият съд също така счита, че експертите г-н H. и г-н F. не следва да бъдат изслушвани в качеството на свидетели, тъй като докладите им вече са приложени към преписката по делото.

301 Освен това, с оглед липсата на решение по допустимостта на настоящата жалба, не е нужно нито да се уважава молбата на жалбоподателя Helaba да бъде задължена да представи цифрови данни за пазарния си дял в Хесен, в Тюрингия и в Германия между 1998 г. и 2004 г., нито като свидетели да се призовават лицата, чието изслушване се предлага, в случай че Комисията оспори някои от твърденията на жалбоподателя относно допустимостта на жалбата.

302 Що се отнася до искането за поверително третиране, направено от жалбоподателя по отношение на писмената реплика (вж. точка 20 по-горе), достатъчно е да се установи, че след като информацията, считана от жалбоподателя за поверителна, не се съдържа в текста на представената писмена реплика, това искане е безпредметно.

303 На последно място, следва да се уважи искането от преписката по делото да се изключат някои приложени към писмената реплика документи (вж. точка 22 по-горе), тъй като става въпрос за вътрешни документи на Комисията.

По съдебните разноски

304 Съгласно член 87, параграф 2 от Процедурния правилник загубилата делото страна се осъжда да заплати съдебните разноски, ако е направено такова искане. Тъй като жалбоподателят е загубил делото, той следва да бъде осъден да заплати съдебните разноски в съответствие с исканията на Комисията, на провинцията и на Helaba.

305 Съгласно член 87, параграф 4, първа алинея от Процедурния правилник Федерална република Германия понася направените от нея съдебни разноски.

По изложените съображения

ОБЩИЯТ СЪД (четвърти състав)

реши:

1) **Изключва от преписката по делото документите, представени от Bundesverband deutscher Banken eV в приложения 9 и 10 от писмената реплика.**

2) Отхвърля жалбата.

3) Bundesverband deutscher Banken понася направените от него съдебни разноски, както и тези, направени от Европейската комисия, от провинция Хесен и от Landesbank Hessen-Thüringen Girozentrale.

4) Федерална република Германия понася направените от нея съдебни разноски.

Czúcz Vadapalas Labucka

Обявено в открито съдебно заседание в Люксембург на 3 март 2010 година.

Подписи

Съдържание

Обстоятелства, предхождащи спора ..... II - 394

А — Спорната вноска ..... II - 394

Б — Преписки във връзка с германските Landesbanken ..... II - 396

В — Обжалваното решение ..... II - 397

Производство и искания на страните ..... II - 399

От правна страна ..... II - 402

А — По допустимостта ..... II - 402

Б — По съществото на спора ..... II - 403

1. Обстановка, при която е договорена спорната вноска ..... II - 406

2. Относно отчитането на прогресивния модел ..... II - 409

а) Обжалваното решение ..... II - 409

б) Доводи на страните ..... II - 410

в) Съображения на Общия съд ..... II - 411

3. По оплакването, според което Комисията неправилно квалифицира спорната вноска като „нормална“ скрита вноска, а не като инвестиция в дружествения капитал ..... II - 417

а) Обжалваното решение ..... II - 417

б) Доводи на страните ..... II - 419

в) Съображения на Общия съд ..... II - 421

Относно характеристиките, на които се основава Комисията, за да приеме, че възнаграждението за спорната вноска трябва да се сравни с възнаграждение за скрити вноски за определен срок .... II - 424

— Риск от загуба в случай на несъстоятелност или ликвидация ..... II - 424

— Профил на рентабилност ..... II - 427

Относно характеристиките на спорната вноска, за които Комисията приема, че не са пречка за сравнението на възнаграждението за спорната вноска с възнаграждение за скрити вноски за определен срок ..... II - 431

— Размер ..... II - 431

— Буфер на дружествения капитал ..... II - 436

— Траен характер на вноската и невъзможност за прехвърляне ..... II - 440

Характеристики на спорната вноска, които не са посочени в административното производство и не са разгледани в обжалваното решение ..... II - 442

Относно положението на пазара към момента на включване на спорната вноска ..... II - 445

Извод относно квалифицирането на спорната вноска като скрита вноска ..... II - 449

4. Относно сравнението на възнаграждението за спорната вноска с изискваното на пазара гаранционно възнаграждение ..... II - 450

а) Относно отчитането на търговския данък ..... II - 451

Обжалваното решение ..... II - 451

Доводи на страните ..... II - 451

Съображения на Общия съд ..... II - 452

б) Относно сравнението на основното възнаграждение с изискваното на пазара основно гаранционно възнаграждение ..... II - 454

Обжалваното решение ..... II - 454

Доводи на страните ..... II - 455

Съображения на Общия съд ..... II - 456

Извод относно сравнението на основното възнаграждение с изискваното на пазара основно гаранционно възнаграждение .... II - 466

в) Относно сравнението на добавката за траен характер с изискваната на пазара добавка към гаранционното възнаграждение ..... II - 466

Обжалваното решение ..... II - 466

Доводи на страните ..... II - 467

Съображения на Общия съд ..... II - 469

Извод относно разглеждането на съответствието на гаранционното възнаграждение с пазарните условия ..... II - 472

5. Относно факта, че Комисията приспада от възнаграждението разходите за рефинансиране, които произтичат за Helaba от неликвидността на вноската ..... II - 473

а) Обжалваното решение ..... II - 473

б) Доводи на страните ..... II - 473

в) Съображения на Общия съд ..... II - 474

По довода, според който неликвидността вече е отчетена с намалената стойност при включване ..... II - 476

По довода, изведен от обстоятелството, че частен инвеститор не би приел да се приспаднат разходите за рефинансиране ..... II - 478

Относно факта, че инвеститор най-много би приел да се приспаднат разходите за рефинансиране, които съответстват на реално понесените от Helaba разходи ..... II - 480

По другите искания на страните ..... II - 484

По съдебните разноски ..... II - 486