KOMMISSIONENS BESLUT

av den 20 oktober 2004

om ett stöd som Tyskland beviljat till förmån för Westdeutsche Landesbank – Girozentrale, numera WestLB AG

[delgivet med nr K(2004) 3925]

(Endast den tyska texten är giltig)

(Text av betydelse för EES)

(2006/737/EG)

EUROPEISKA GEMENSKAPERNAS KOMMISSION HAR FATTAT DETTA BESLUT

med beaktande av Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, särskilt artikel 88.2 första stycket i detta,

med beaktande av avtalet om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, särskilt artikel 62.1 a i detta,

efter att i enlighet med ovan nämnda artiklar ha gett berörda parter tillfälle att inkomma med synpunkter ([1]), med beaktande av dessa synpunkter, och

av följande skäl:

I. FÖRFARANDE

1. *FÖRVALTNINGSFÖRFARANDE*

(1) Genom en besvärsskrivelse av den 23 mars 1993 uppmanades kommissionen av *Bundesverband deutscher Banken e.V.* (nedan kallat BdB), som företräder 300 privata banker i Tyskland, att inleda förfarandet enligt artikel 226 i EG-fördraget mot Tyskland. Förbundet hävdade att den tyska tillsynsmyndigheten för kreditväsendet (*Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, BAKred*) överträtt artikel 4.1 i rådets direktiv 89/299/EEG av den 17 april 1989 genom att godkänna tillgångarna i *Wohnungsbauförderungsanstalt des Landes Nordrhein-Westfalen* (nedan kallat ”Wfa”), som slagits samman med *Westdeutsche Landesbank – Girozentrale* (nedan kallat ”WestLB”), som del av WestLB:s kapitalbas.

(2) Genom en skrivelse av den 31 maj 1994 underrättade BdB generaldirektorat IV, med ansvar för konkurrensfrågor, om överföringen av tillgångarna och hävdade att detta inneburit att konkurrensen snedvridits till förmån för WestLB. Den 21 december 1994 lämnade BdB in besvär och uppmanade kommissionen att inleda ett förfarande mot Tyskland enligt artikel 88.2 i EG-fördraget. I februari och i mars 1995 och i december 1996 anslöt sig tio banker till besvärsskrivelsen från deras centralorganisation.

(3) För att kunna bedöma om överföringen av tillgångarna utgör ett statligt stöd begärde kommissionen genom skrivelser av den 12 januari, 9 februari, 10 november och 13 december 1993 samt av den 16 januari 1996 ytterligare upplysningar av de tyska myndigheterna. Dessa upplysningar lämnades genom skrivelser av den 9 februari och 16 mars 1993, 8 mars 1994, 12 april och 26 april 1996 samt den 14 januari 1997. Från olika berörda parter har ytterligare skrivelser och handlingar inkommit. Företrädare för kommissionen sammanträffade med företrädare för de tyska myndigheterna, för WestLB och för de andra delstatsbankerna samt den klagande vid ett flertal tillfällen under åren 1994 till 1997.

(4) Efter detta informationsutbyte ansåg kommissionen det nödvändigt att inleda förfarandet enligt artikel 88.2 i EG-fördraget. Kommissionen fattade sitt beslut den 1 oktober 1997. I beslutet drog kommissionen slutsatsen att den ifrågasatta åtgärden sannolikt utgjorde stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget och att den behövde ytterligare upplysningar för att granska fallet. Det gällde framför allt uppgifter om de åtgärder genom vilka delstaten Nordrhein-Westfalen (nedan kallad delstaten) sett till att den på lämpligt vis får del av de extra vinster som kapitalökningen kan ge WestLB, uppgifter om effekterna av det överförda kapitalets bristande likviditet, effekterna av att delstatens inflytande i WestLB inte ökat, och effekterna av preferenskaraktären hos den fasta ersättningen. Eventuella andra faktorer som var av betydelse för att fastställa en rimlig ersättning och som därför behövde granskas var uppgifter om storleken på den del av Wfa-kapitalet som användes för att täcka bankens affärsverksamhet, om resten av Wfa-kapitalet som redovisades i WestLB:s balansräkning, om skattelättnaderna, om befrielsen från skulder, om WestLB:s lönsamhet och om de påstådda synergieffekterna.

(5) Kommissionens beslut att inleda ett förfarande offentliggjordes i Europeiska gemenskapernas officiella tidning ([2]). Vid offentliggörandet uppmanade kommissionen berörda parter att inkomma med synpunkter. Kommissionen mottog synpunkter från WestLB (den 19 maj 1998), *Association Française des Banques* (den 26 maj 1998), *British Bankers' Association* (den 2 juni 1998) och BdB (den 4 juni 1998). Dessa synpunkter vidarebefordrades till Tyskland för

([1]) EGT C 140, 5.5.1998, s. 9.

([2]) Jfr fotnot 1.

yttrande genom en skrivelse av den 15 juni 1998. Efter förlängning av tidsfristen överlämnades detta yttrande den 11 augusti 1998.

(6) Den 15 januari och den 16 september 1998 hölls möten med företrädare för BdB och den 9 september 1998 med företrädare för WestLB. Genom en skrivelse av den 22 september 1998 bjöd kommissionens avdelningar in de tyska myndigheterna, WestLB och BdB till ett gemensamt möte för att behandla olika aspekter på det föreliggande fallet. BdB överlämnade genom en skrivelse av den 30 oktober 1998 uppgifter till kommissionen. Mötet med de tre berörda parterna hölls den 10 november 1998. Därefter anmodade kommissionens avdelningar genom en skrivelse av den 16 november 1998 de tyska myndigheterna och BdB att lämna ytterligare upplysningar och handlingar.

(7) BdB överlämnade efter förlängning av tidsfristen de begärda upplysningarna med en skrivelse av den 14 januari 1999. De tyska myndigheterna överlämnade efter förlängning av tidsfristen några upplysningar med skrivelser av den 15 januari 1999 och den 7 april 1999.

(8) Eftersom de tyska myndigheterna ville hålla inne med vissa uppgifter till kommissionen förordnade kommissionen genom ett beslut av den 3 mars 1999, som delgavs Tyskland med en skrivelse av den 24 mars, att dessa upplysningar skulle lämnas. Den tyska regeringen rättade sig efter förlängd tidsfrist efter detta förordnande genom en skrivelse av den 22 april 1999.

(9) Kommissionen har låtit genomföra en oberoende undersökning av storleken på den ersättning som delstaten Nordrhein-Westfalen hade bort begära för överföringen av Wfa till WestLB. Det konsultföretag som fick uppdraget deltog även i mötet med de tre berörda parterna den 10 november 1998 och lämnade sin rapport till kommissionen den 18 juni 1999. Den 8 juli 1999 offentliggjorde kommissionen beslut nr 2000/392/EG om den ifrågavarande stödåtgärden som Tyskland hade genomfört till förmån för Westdeutschen Landesbank Girozentrale (nedan kallat det ifrågasatta beslutet) ([1]). Beslutet delgavs Tyskland den 4 augusti 1999 och Tyskland vidarebefordrade det till delstaten med en skrivelse av den 6 augusti 1999. Delstaten underrättade WestLB om beslutet med en skrivelse av den 9 augusti 1999, som ingångsregistrerades vid banken samma dag. Artiklarna 1, 2 och 3 i detta beslut hade följande ordalydelse:

”Artikel 1

Det statliga stöd som Tyskland beviljat Westdeutsche Landesbank Girozentrale till ett totalt belopp av 1 579 700 000 tyska mark (807 700 000 euro) under perioden 1992-1998 är oförenligt med den gemensamma marknaden.

Artikel 2

1. Tyskland skall vidta alla nödvändiga åtgärder för att från stödmottagaren återkräva det stöd som avses i artikel 1 och som olagligen ställts till förfogande.

2. Återkravet skall ske i enlighet med förfarandena i nationell lagstiftning. Till beloppet skall läggas ränta som beräknas på grundval av den referensränta som används vid beräkningen av bidragsekvivalenten inom ramen för regionalstöd och löper från och med den dag då stödet betalades ut till stödmottagaren till dess att det faktiskt återbetalas.

Artikel 3

Tyskland skall inom två månader från dagen för delgivningen av detta beslut underrätta kommissionen om de åtgärder som har vidtagits för att följa detta beslut.”

2. *RÄTTSLIGT FÖRFARANDE*

(10) Den 12 oktober 1999 väckte WestLB och delstaten Nordrhein-Westfalen klagan mot beslutet inför EG:s förstainstansrätt. WestLB, delstaten och Tyskland som intervenient yrkade att det ifrågasatta beslutet skulle ogiltigförklaras och att kommissionen skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Delstaten yrkade även att BdB skulle bära sina egna kostnader. Kommissionen och BdB som intervenient yrkade på att de båda överklagandena skulle tillbakavisas som ogrundade och att de klagande skulle förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna (BdB inbegrep därvid sina egna kostnader).

(11) Tyskland väckte dessutom den 8 oktober 1999 klagan mot beslutet i fråga inför EG-domstolen, även här med yrkan om att beslutet skulle ogiltigförklaras och kommissionen förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. Detta förfarande suspenderades dock på grund av den innehållsmässiga likheten med förfarandet inför förstainstansrätten.

(12) Genom rättens beslut den 22 augusti 2000 godkändes Tyskland som intervenient på sökandesidan och BdB som intervenient till stöd för kommissionen på svarandesidan. Genom rättens beslut av den 11 juli 2001 förenades de båda målen till att bli föremål för ett gemensamt muntligt förfarande och en gemensam dom. Det muntliga förfarandet ägde rum den 5 – 6 juni 2002.

(13) Den 6 mars 2003 meddelade förstainstansrätten sin dom ([2]) enligt vilken det ifrågasatta beslutet ogiltigförklaras, kommissionen förpliktas såväl att ersätta sökandenas som att bära sina egna rättegångskostnader och Tyskland och BdB förpliktas att bära sina egna respektive rättegångskostnader.

(14) Rätten förklarade att kommissionens beslut var ogiltigt på grund av att det var bristfälligt motiverat i fråga om två faktorer som har legat till grund för beräkningen av den marknadsmässiga avkastningen. För det första ogiltigförklarades beslutet på grund av bristande motivering av att kommissionen vid beräkningen hade utgått från en grund-

([1]) EGT L 150, 23.6.2000, s. 1.

([2]) Dom i förenade målen T-228/99 och T-233/99, Westdeutsche Landesbank Girozentrale och delstaten Nordrhein-Westfalen mot kommissionen, REG 2003, II-435.

avkastning på 12 % per år (efter bolagsskatt och före investerarskatt) som ersättning för likvida aktiekapitaltillgångar. För det andra ogiltigförklarades beslutet på grund av bristande motivering av påslaget på denna ersättning, för vilket kommissionen hade fastställt en sats på 1,5 % per år (efter bolagsskatt och före investerarskatt). På alla övriga punkter bekräftade förstainstansrätten riktigheten i kommissionens beslut.

3. *NYTT FÖRVALTNINGSFÖRFARANDE*

(15) Genom skrivelser av den 20 och den 29 januari, den 6 februari och den 28 maj 2004 anmodade kommissionen de tyska myndigheterna att tillhandahålla uppdateringar av de uppgifter som var av betydelse för beslutet. Efter förlängd tidsfrist överlämnades dessa uppgifter den 10 mars och den 14 juni 2004 samt muntligt den 28 juli 2004. En ytterligare inlaga i detta ärende från delstaten Nordrhein-Westfalen överlämnades den 26 augusti 2004. Genom en skrivelse av den 6 oktober 2004 överlämnade Tyskland fler efterfrågade upplysningar.

(16) I juli 2004 nådde den klagande BdB, delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB AG en preliminär överenskommelse om den rimliga avkastningsnivån, som meddelades kommissionen den 19 juli 2004 och som enligt parternas mening tog hänsyn till båda de faktorer som förstainstansrätten hade haft invändningar mot gentemot kommissionen. Överenskommelsen överlämnades i sin slutliga lydelse till kommissionen den 13 oktober 2004.

(17) I detta nya beslut har kommissionen i enlighet med förstainstansrättens domslut reviderat de båda punkter som hade kritiserats som bristfälliga (motiveringen av grundavkastningen och av det möjliga påslaget). På alla övriga punkter bibehåller kommissionen den bedömning av sakförhållandena som kom till uttryck i det ursprungliga beslutet. I det aktuella beslutet har dock resultaten av förhandlingarna mellan den klagande BdB och delstaten Nordrhein-Westfalen respektive WestLB AG om den rimliga avkastningsnivån beaktats. I det aktuella beslutet har även de uppdateringar införts som blivit nödvändiga på grund av den tid som förflutit sedan det första beslutet i fråga om förfarandet, företagens argument samt beräkningen av stödinslaget, inbegripet fastställandet av dagen för stödets upphörande. Nya sifferuppgifter som har överlämnats av Tyskland för de år som gått sedan det första beslutet offentliggjordes har infogats och några avsnitt som saknar betydelse för det nya beslutet har kortats ned.

II. **DETALJERAD BESKRIVNING AV ÅTGÄRDERNA**

1. *WESTDEUTSCHE LANDESBANK – GIROZENTRALE (WESTLB)*

(18) Under den tidsperiod som är relevant för detta beslut från och med införlivandet av Wfa den 31 december 1991 fram till uppdelningen av WestLB den 1 augusti 2002, som innebar att det statliga stödet upphörde, var WestLB ett offentligrättsligt kreditinstitut enligt delstaten Nordrhein-Westfalens lagstiftning. Den 31 december 1991 uppgick dess godkända egna kapital till 5,1 miljarder mark. Genom lag hade banken tilldelats tre uppgifter: För det första fungerade den som centralbank för de lokala sparbankerna i delstaten och från och med den 17 juli även för sparbankerna i delstaten Brandenburg. För det andra hade den hand om delstaternas och kommunernas finansiella verksamhet och uppfyllde därmed sina uppgifter som statlig och kommunal bank. För det tredje utövade den allmän bankverksamhet. Utan att det påverkade tillämpningen av delstatsrättsliga specialbestämmelser, stod WestLB genom lagen om kreditväsendet under bankinspektionens tillsyn.

(19) WestLB var till 100 % i offentlig ägo. Delstaten innehade den största andelen av det nominella kapitalet (43,2 %). De andra andelsägarna var Landschaftsverband Rheinland och Landschaftsverbände Westfalen-Lippe (vardera 11,7 %) samt Rheinische och Westfälisch-Lippische Sparkassen- und Giroverband (vardera 16,7 %). Dessa ägarförhållanden förblev oförändrade under hela den relevanta tidsperioden mellan den 31 december 1991 och den 1 augusti 2002.

(20) Som offentligrättsligt institut åtnjöt WestLB två slag av garantier från de offentliga ägarnas sida, dels ”institutionellt ansvar” (*Anstaltslast*), dels ”garantiansvar” (*Gewährträgerhaftung*). ”Institutionellt ansvar” betyder att WestLB:s ägare är förpliktade att garantera institutionens ekonomiska bas och funktion under hela dess livstid. Denna garanti innebar inget ansvar för ägarna gentemot bankens fordringsägare, utan reglerade endast förhållandet mellan myndigheterna och banken. ”Garantiansvar” innebär att ägarna ansvarar för bankens alla skulder som inte täcks av dess tillgångar. Garanten ansvarar gentemot bankens fordringsägare. Båda dessa garantier var obegränsade i tiden och till beloppet.

(21) Ursprungligen var WestLB en regional institution som inriktade sig på att komplettera de lokala sparbankernas verksamhet. Dessa hade in sin tur ursprungligen främst en social funktion genom att de erbjöd finansiella tjänster på områden där marknaden fungerade otillräckligt. Sparbankerna hade dock sedan länge utvecklats till kreditinstitut med alla former av bankverksamhet. Detsamma gällde WestLB som under de senaste decennierna allt mer utvecklats till en oberoende affärsbank och under den tidsperiod som är relevant för beslutet var en stark konkurrent på de tyska och europeiska bankmarknaderna.

(22) WestLB-koncernen hörde till de fem största tyska kreditinstituten mätt enligt dess balansomslutning. Koncernen erbjöd finansiella tjänster åt storföretag och offentliga institutioner och var verksam på de internationella kapitalmarknaderna, både för egen räkning och för andra emittenter. Liksom många andra tyska universalbanker ägde även WestLB andelar i finansiella institut och andra företag. En betydande del av dess affärsverksamhet ägde rum utanför Tysklands gränser.

(23) På grund av särskilda rättsbestämmelser kunde WestLB fram till uppdelningen i augusti 2002 – till skillnad från privata banker, men i likhet med andra offentliga kreditinstitut – bedriva hypotekslåne- och sparkasseverksamhet inom samma

organisatoriska ram som för sina andra affärsverksamheter. Därför kunde man under den tidsperiod som är relevant för beslutet fram till uppdelningen räkna WestLB som en av de mångsidigaste bankerna i Tyskland.

(24) Å andra sidan hade WestLB inget tätt kontorsnät för privatkunder. I detta marknadssegment drevs verksamheten av de lokala sparbankerna, för vilka WestLB fungerade som centralinstitut.

(25) WestLB:s lönsamhet, mätt som vinst före skatt i procent av det egna kapitalet på koncernnivå, var i genomsnitt under de åtta åren före införlivandet av Wfa (1984-1991) högst 6,6 %, utan någon klar tendens till förbättring. I jämförelse med den genomsnittliga nivån i Tyskland liksom i övriga Europa kunde man beteckna detta resultat som ytterst svagt.

(26) Mellan 1991, dvs. före kapitalöverföringen, och slutet av 2001, då den sista årsredovisningen före uppdelningen av banken gjordes, ökade WestLB-koncernen sin balansomslutning från drygt 270 miljoner till drygt 840 miljoner tyska mark, vilket är mer än en tredubbling.

(27) Genom en lag av den 2 juli 2002 delades WestLB av delstaten Nordrhein-Westfalen från och med den 1 augusti 2002 (med retroaktiv effekt på balansräkningen från den 1 januari 2002) upp mellan ett offentligrättsligt moderbolag, Landesbank Nordrhein-Westfalen, och ett privaträttsligt dotterbolag, WestLB AG. Den konkurrensutsatta delen av verksamheten vid f.d. WestLB sammanfördes inom WestLB AG och dess offentliga verksamhet drevs vidare av Landesbank Nordrhein-Westfalen. WestLB AG är enligt tyska uppgifter rättsligt identisk med WestLB och skall anses som gäldenär för det sammanlagda stödåterkravet ([1]). Wfa inordnades i samband med uppdelningen under Landesbank Nordrhein-Westfalen och har därmed avlägsnats från den konkurrensutsatta verksamheten inom WestLB AG. Genom bolagsordningen för Landesbank Nordrhein-Westfalen beslutades dessutom att kapitalet från Wfa inte skulle få användas för att täcka den bankens återstående hypotekslåneverksamhet och att en ersättning på 0,6 % per år därför skall betalas till delstaten för dess garantifunktion.

2. *WOHNUNGSBAUFÖRDERUNGSANSTALT (WFA)*

(28) Wfa bildades 1957 och bedrev fram till den 31 december 1991 verksamhet som en offentligrättslig institution. Som sådan var Wfa en självständig juridisk person, med ett grundkapital på 100 miljoner mark (50 miljoner euro) och med delstaten som enda ägare. Enligt § 6.1 i Nordrhein-Westfalens tidigare lag om stöd till bostadsbyggandet ([2]) var Wfa:s enda uppgift att främja bostadsbyggandet genom att bevilja lån med låg eller ingen ränta. På grund av sin allmännyttiga karaktär var institutionen befriad från bolags-, förmögenhets- och näringsskatt.

(29) I egenskap av offentligrättslig institution omfattades Wfa av ”institutionellt ansvar” (*Anstaltslast*) och ”garantiansvar” (*Gewährträgerhaftung*) från delstaten Nordrhein-Westfalens sida för samtliga sina skulder. Dessa garantier kvarstod oförändrade efter överföringen.

(30) Den viktigaste finansieringskällan för stödet till bostadsbyggande var och är delstatens fond för bostadsbyggande (*Landeswohnungsbauvermögen*), som byggts upp genom ränteintäkter från bostadslån som Wfa beviljat och årliga tillskott av medel från delstatens budget. Denna fond, som enligt § 16 i den tidigare lagen om stöd till bostadsbyggande *(Wohnungsbauförderungsgesetz)* endast får användas för att finansiera bostadslån, stod den 31 december 1991 för 75 % av Wfa:s refinansiering, dvs. 24,7 miljarder tyska mark (12,6 miljarder euro).

(31) Före överföringen garanterade Wfa de åtaganden som delstaten Nordrhein-Westfalen ingått om stöd till bostadsbyggande. Årligen omvandlades Wfa-garantin till fordringar på Wfa från delstatens sida till ett belopp motsvarande de skulder som delstaten betalat. Detta innebar en motsvarande minskning av värdet av delstatens bostadsbyggnadsfond. Dessa Wfa:s skulder skulle förfalla till betalning först då Wfa inte längre behövde ränteintäkterna och amorteringarna för att utföra sina offentliga uppgifter. I slutet av 1991 uppgick de till ca 7,4 miljarder mark (3,78 miljarder euro) och redovisades inte direkt i balansräkningen, utan endast ”under strecket”.

3. *KRAV PÅ EGET KAPITAL ENLIGT KAPITALBASDIREKTIVET OCH KAPITALTÄCKNINGSDIREKTIVET*

(32) Enligt rådets direktiv 89/647/EEG ([3]) och kapitalbasdirektivet skall bankerna ha en kapitalbas motsvarande minst 8 % ([4]) av sina riskjusterade tillgångar och risktransaktioner

([1]) Tysklands synpunkter av den 10 mars 2004, s. 2.

([2]) Lagen om stöd till bostadsbyggande (Wohnungsbauförderungsgesetz) i dess lydelse enligt kungörelsen av den 30 september 1979 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen, s. 630).

([3]) EGT L 386, 30.12.1989, s. 14, upphävd och ersatt genom direktiv nr 2000/12/EG, EGT L 126, 26.5.2000.

([4]) Kapitalbaskraven måste uppfyllas av kreditinstituten på konsoliderad, delvis konsoliderad och icke konsoliderad nivå.

utanför balansräkningen ([1]). Dessa direktiv gjorde det nödvändigt att ändra lagen om kreditväsendet *(Kreditwesengesetz)*, vilket skedde den 1 januari 1992. De nya kraven trädde i kraft den 30 juni 1993 ([2]). Dittills hade kravet på de tyska kreditinstitutens kapitalbas uppgått till 5,6 % av deras riskjusterade tillgångar ([3]).

(33) Vad gäller den nya tröskeln på 8 % skall minst hälften av kapitalbasen bestå av ”primärt kapital”, som omfattar de kapitalposter som står till ett kreditinstituts förfogande för obegränsad och omedelbar användning till täckning av risker eller förluster när sådana uppkommer. Det primära kapitalet är av avgörande betydelse för en banks totala tillgång på eget kapital endast vad gäller tillsyn, eftersom ”supplementärt kapital”, dvs. ytterligare eget kapital av lägre kvalitet, endast godtas som täckning för en banks risktransaktioner till ett belopp som motsvarar bankens primära kapital.

(34) Dessutom begränsas en banks stora enskilda exponeringar av storleken på dess kapitalbas. Vid tiden för överföringen av Wfa fick enligt lagen om kreditväsendet (§ 13) ett enstaka lån inte överstiga 50 % av ett kreditinstituts kapitalbas och det totala beloppet av lån som översteg 15 % av kapitalbasen inte uppgå till mer än åtta gånger kapitalbasen. Efter det att lagen om kreditväsendet ändrats 1994 för att anpassas till rådets direktiv 92/121/EEG ([4]) har den största tillåtna enskilda exponeringen begränsats till 25 % av en banks kapitalbas och de sammanlagda stora exponeringarna, som överskrider 10 % av bankens kapitalbas, får inte uppgå till mer än åtta gånger den totala kapitalbasen ([5]).

(35) Dessutom begränsas innehav i andra kreditinstitut och banker av artikel 12 i rådets andra direktiv 89/646/EEG av den 15 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar om rätten att starta och driva verksamhet i kreditinstitut, samt med ändring av direktiv 77/780/EEG ([6]). Enligt en specialbestämmelse i lagen om kreditväsendet (§ 12), som inte grundar sig på EG-rätten, men som också återfinns i andra medlemsstater, är dessutom det totala beloppet av långsiktiga placeringar – däribland även ägarandelar i företag utanför den finansiella sektorn – begränsat till det totala beloppet av bankens eget kapital.

(36) De tyska bankerna skulle anpassa sig till de nya kraven på kapitalbas senast den 30 juni 1993. Redan före genomförandet av kapitaltäckningsdirektivet i tysk lagstiftning hade många delstatsbanker, inklusive WestLB, relativt svaga kapitalbaser. Enligt beräkningar som tyska Bundesbank utförde i december 1991 med tillämpning av direktivets bestämmelser, hade delstatsbankerna en genomsnittlig kapitaltäckningsgrad på 6,3 %, ett värde som enligt de nya kraven från och med den 30 juni 1993 måste uppgå till 8 % ([7]). För dessa kreditinstitut var det därför absolut nödvändigt att stärka den egna kapitalbasen för att förhindra att deras expansion begränsades och för att överhuvudtaget kunna behålla sina befintliga affärsvolymer. Om en bank inte kan visa att den har den kapitalbas som krävs, åläggs den av tillsynsmyndigheten att omedelbart vidta åtgärder för att följa bestämmelserna om kapitaltäckning, genom att antingen öka sitt supplementära kapital eller minska sina riskjusterade tillgångar.

(37) Medan de privata bankerna var tvungna att skaffa sig de behövliga extra medlen på kapitalmarknaderna, stod denna väg inte öppen för de offentligt ägda bankerna eftersom deras offentliga ägare beslutat att inte privatisera dem, vare sig helt eller delvis. På grund av det ansträngda allmänna budgetläget kunde emellertid de offentliga ägarna inte heller tillföra nytt kapital ([8]). I stället tillgrep man andra lösningar för att skaffa ytterligare eget kapital. För WestLB:s del beslutade delstaten Nordrhein-Westfalen att införliva Wfa i WestLB för att på så sätt öka bankens kapitalbas. Liknande transaktioner gjordes i en del andra delstater till förmån för respektive delstatsbank.

4. *ÖVERFÖRINGEN OCH DESS EFFEKTER*

a) ÖVERFÖRINGEN

(38) Delstatsparlamentet i Nordrhein-Westfalen antog den 18 december 1991 lagen om stöd till bostadsbyggande (*Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung*) ([9]). I artikel 1 i lagen förordnas om överföringen av Wfa till WestLB. Överföringen trädde i kraft den 1 januari 1992.

(39) I motiveringen till lagen anges i första hand behovet att öka WestLB:s kapitalbas för att kreditinstitutet skall kunna uppfylla de strängare kapitaltäckningskrav som skulle gälla från och med den 30 juni 1993. Genom överföringen kunde ökningen genomföras utan att belasta delstatens budget. Som bieffekt nämndes den ökade effektivitet som uppnås genom att slå samman Wfa:s stöd till bostadsbyggande med WestLB:s.

(40) I samband med överföringen upphävde delstaten Wfa:s garanti på ca 7,4 miljarder mark (3,78 miljarder euro) för delstatens skulder för införskaffande av kapital för stödet till bostadsbyggande (se punkt 2 i avsnitt II).

([1]) I fortsättningen omfattar begreppet ”riskjusterade tillgångar” alla riskutsatta och riskjusterade poster.

([2]) Egentligen borde de nya kapitaltäckningskraven ha trätt i kraft redan den 1 januari 1993. Ikraftträdandet försenades i Tyskland.

([3]) Detta procenttal hänförde sig dock till en snävare definition av kapitalbasen än den som ges i kapitalbasdirektivet.

([4]) EGT L 29, 5.2.1993, s. 1.

([5]) Det bör dock noteras att inte endast utlåningstaken utan även definitionerna av begreppen ”kapitalbas” och ”riskjusterade tillgångar” ändrades.

([6]) EGT L 386, 30.12.1989, s. 1.

([7]) Monatsbericht der Deutschen Bundesbank, maj 1993, s. 49.

([8]) Se bl.a. publikation 11/2329 från Nordrhein-Westfalens Landtag.

([9]) Gesetz zur Regelung der Wohnungsbauförderung av den 18 december 1991 (Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen, nr 61 av den 30 december 1991, s. 561).

(41) WestLB blev Wfa:s efterträdare i rättsligt avseende, utom i fråga om garantin för stödet till bostadsbyggande, som upphävdes före överföringen. Wfa blev en organisatoriskt och ekonomiskt självständig offentligrättslig institution inom WestLB utan rättskapacitet. Wfa:s grundkapital och reserver måste tas upp i WestLB:s balansräkning som en särskild reserv (*Sonderrücklage*). Delstaten ansvarar på grund av sitt institutionella ansvar och garantiansvar fortfarande för Wfa:s skulder.

(42) De tillgångar som överfördes, dvs. Wfa:s grundkapital, reserver, fonden för främjande av bostadsbyggande och andra fordringar samt framtida återbetalningar av bostadslån förblev även efter överföringen till WestLB enligt artikel 2 § 16.2 i den nämnda lagen förbehållna stödet till bostadsbyggande. I samma bestämmelse angavs att de överförda tillgångarna samtidigt skulle räknas som eget kapital enligt lagen om kreditväsendet (och följaktligen enligt kapitalbasdirektivet), vilket ligger till grund för beräkningen av en banks kapitaltäckningsgrad. Följaktligen täcker de även WestLB:s konkurrensutsatta verksamhet.

(43) Med anledning av överföringen av tillgångarna ändrade WestLB:s ägare huvudavtalet och kom överens om att de för stöd till bostadsbyggande bestämda tillgångarna fortsättningsvis skulle upprätthållas, till och med om WestLB skulle ådra sig förluster som förbrukade det ursprungliga kapitalet. Wfa-kapitalet skulle internt tas i anspråk först efter WestLB:s övriga egna medel. I huvudavtalet preciserades det att det institutionella ansvaret för ägarna till WestLB även omfattade Wfa:s särskilda reserv. Om WestLB skulle likvideras skulle delstaten ha en prioriterad fordran på Wfa-kapitalet. Dessutom förklarades det att ökningen av WestLB:s kapitalbas genom införlivandet av Wfa utgjorde en ekonomiskt värdefull prestation från delstatens sida och att ägarna skall komma överens om den årliga ersättningen för denna så snart de första resultaten för räkenskapsåren från och med 1992 föreligger ([1]). Detta gjordes i en protokollsanteckning till huvudavtalet av den 11 november 1993. Trots denna interna överenskommelse för att säkra Wfa-tillgångarna och Wfa-kapitalets interna efterställdhet, gör WestLB utåt ingen skillnad mellan Wfa:s funktion som institution för stöd till bostadsbyggande och dess funktion som tillhandahållare av eget kapital som garantikapital för WestLB. De tillgångar som överförts står i sin helhet och omedelbart till förfogande för WestLB eller vid eventuell konkurs för fordringsägarna.

(44) I det förvaltningsavtal som träffats mellan delstaten och WestLB i anslutning till lagen om stöd till bostadsbyggandet sägs att WestLB skall använda den särskilda reserven som bas för sin egen affärsverksamhet endast i en sådan utsträckning att man kan garantera att Wfa:s lagstadgade uppgifter uppfylls.

([1]) Enligt uppgift från den tyska regeringen är uttrycket ”ekonomiskt värdefull prestation” vagt och det har senare preciserats.

(45) Trots att Wfa förlorade sin juridiska självständighet då det blev en avdelning för stöd till bostadsbyggande inom WestLB och integrerades i dess räkenskaper, har Wfa inte införlivats med WestLB med avseende på driften. Wfa förblev bestående som en avskild enhet inom WestLB under namnet *Wohnungsbauförderungsanstalt Nordrhein-Westfalen – Anstalt der Westdeutschen Landesbank Girozentrale*. Denna nya avdelning för stöd till bostadsbyggande inom WestLB ingår visserligen i WestLB:s räkenskaper, men har även en egen redovisning. WestLB:s förutvarande avdelning för stöd till bostadsbyggande har slagits samman med Wfa.

(46) De överförda tillgångarna från Wfa i form av grundkapital, reserver, övriga tillgångar och framtida vinster förblir förbehållna stödet till bostadsbyggande och måste således förvaltas skilt från WestLB:s övriga affärsverksamhet. Detta särhållande av tillgångarna inom WestLB är samtidigt en förutsättning för att stödet till bostadsbyggandet även i fortsättningen skall behandlas som allmännyttig verksamhet enligt tysk skattelagstiftning. Eftersom de tyska myndigheterna antog att Wfa efter införlivandet faktiskt skulle förbli en allmännyttig institution, avskaffades inte de skatteundantag som nämns i punkt 2 i avsnitt II.

(47) WestLB:s konkurrenter motsatte sig sammanslagningen av det monopolartade Wfa och WestLB också därför att det kunde befaras att WestLB skulle utnyttja information som hörde till bostadsstödsområdet för att vinna nya kunder på sina affärsmässiga verksamhetsområden. De behöriga myndigheterna åtog sig att se till att ingen snedvridning av konkurrensen skulle uppstå på grund av detta nära förhållande, framför allt genom att i fråga om personal, information m.m. skilja stödet till bostadsbyggande från WestLB:s kommersiella avdelningar ([2]).

(48) Med uppdelningen av WestLB den 1 augusti 2002 (med retroaktiv effekt på balansräkningen från den 1 januari 2002) genom delstaten Nordrhein-Westfalens lag av den 2 juli underordnades Wfa Landesbank Nordrhein-Westfalen och avlägsnades därmed åter från den konkurrensutsatta verksamheten som samlades inom WestLB AG.

b) WFA:S VÄRDE

(49) Det nominella värdet av de tillgångar i Wfa som den 31 december 1991 överfördes till WestLB uppgick till omkring 24,9 miljarder mark (12,73 miljarder euro), varav 24,7 miljarder mark (12,68 miljarder euro) utgjorde delstatens bostadsstödfond. Eftersom dessa finansiella medel användes för att finansiera bostadslån, som utgår med ingen eller låg ränta samt ofta med långa amorteringsfria perioder, måste dock detta belopp diskonteras kraftigt för att få fram det faktiska värdet.

([2]) Enligt § 13 lagen om överföringen skall Wohnungsbauförderungsanstalt genomföra sina uppgifter konkurrensneutralt. Hur detta skall gå till konkret är reglerat i avtal mellan WestLB och delstaten.

(50) WestLB begärde ett expertutlåtande om värdet av Wfa:s tillgångar per den 1 januari 1992. Utlåtandet lämnades den 30 april 1992. Det bör noteras att denna beräkning av värdet gjordes först efter det att delstaten beslutat om överföringen av Wfa.

(51) Beträffande beräkningsmetoden förklarade revisorerna att Wfa på grund av sin bestående förpliktelse att återinvestera alla framtida intäkter i bostadsbyggnadslån till låg eller ingen ränta i själva verket inte har något kapitalvärde. Denna förpliktelse skulle dock upphöra om Wfa såldes. Fördelarna för WestLB skulle för det första vara ökningen av dess kapitalbas och de möjligheter att utvidga affärsverksamheten som detta ger och för det andra den förbättrade kreditvärdigheten på grund av den betydande ökningen av det egna kapitalet. Eftersom WestLB inte får några fördelar av Wfa:s normala verksamhet måste Wfa:s värde beräknas på grundval av intäkten av en eventuell försäljning av Wfa – utan den förpliktelse till återinvesteringar som endast gäller internt inom WestLB. Tillgångarna måste följaktligen värderas med hänsyn till en normal avkastning, dvs. de skall diskonteras till ett värde som motsvarar vad som kan anses vara en normal marknadsavkastning på de nominella återflödena.

(52) Revisorerna korrigerade värdet av olika tillgångs- och skuldposter i Wfa – värdet av bostadsbyggnadslånen som nominellt uppgick till 30,7 miljarder mark (15,7 miljarder euro) minskades till 13,5 miljarder mark (6,9 miljarder euro), vilket motsvarar en sänkning med 56 % – och kom fram till ett nettovärde för Wfa:s tillgångar på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro). Detta motsvarar en total diskontering på 76 % i förhållande till det dåvarande nominella värdet av Wfa:s tillgångar på 24,9 miljarder mark (12,7 miljarder euro). Efter denna korrigering av värdet infördes beloppet på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) i WestLB:s räkenskaper som ”särskild reserv för främjande av bostadsbyggande (*Sonderrücklage Wohnungsbauförderungsanstalt*)”.

(53) Efter det att WestLB hade ansökt hos tillsynsmyndigheten *Bundsaufsichtsamt für das Kreditwesen* (BAKred) om att beloppet på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) skulle godtas som primärt kapital, gav BAKred ett annat revisionsföretag i uppdrag att fastställa värdet. Denna värdering var klar den 30 september 1992. I den värdering som gjordes för BAKred granskades den värdering som gjorts för WestLB med avseende på dess trovärdighet och dess metod accepterades. Men framför allt på grund av att man valde en annan diskonteringsränta och en avvikande behandling av förtida återbetalningar av lån, kom man fram till ett nettovärde av Wfa:s tillgångar på mellan 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) och 5,4 miljarder mark (2,76 miljarder euro).

(54) På grundval av denna värdering godkände slutligen BAKred den 30 december 1992 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) som primärt kapital för WestLB enligt lagen om kreditväsendet. Det belopp som uppförts i WestLB:s balansräkning som eget kapital - 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) – samt det belopp som godkänts som primärt kapital har inte ändrats sedan dess.

(55) I båda dessa värderingar av de överförda tillgångarna utgick man från den situation som rådde efter upphävandet av Wfa:s ansvarsåtagande gentemot delstaten, som enligt värderingarna uppgick till omkring 7,3 miljarder mark (3,73 miljarder euro).

c) EFFEKTER AV ÖVERFÖRINGEN AV WFA PÅ WESTLB

(56) Den 31 december 1991 hade WestLB en godkänd kapitalbas på 5,1 miljarder mark (2,6 miljarder euro), varav 500 miljoner mark (260 miljoner euro) utgjordes av vinstandelsbevis (*Genußrechte*). Kapitaltäckningsgraden enligt lagen om kreditväsendet i dess lydelse före ändringen för att införliva EG:s bankdirektiv uppgick till ca 6,1 % och låg därmed 0,5 procentenheter över det vid den tiden i lag föreskrivna minimivärdet.

(57) Eftersom BAKred godkände Wfa-tillgångarna som eget kapital för WestLB, ökade bankens kapitalbas till totalt 9,1 miljarder mark (4,65 miljarder euro), dvs. med 79 %. Med beaktande av att 100 miljoner mark (50 miljoner euro) av vinstmedel reserverats, ökade WestLB:s kapitalbas till 9,2 miljarder mark (4,7 miljarder euro) per den 31 december 1992. Med beaktande av Wfa:s kapital och riskjusterade tillgångar motsvarade detta en kapitaltäckningsgrad på 8,7 %.

(58) Tabell 1: WestLB:s och Wfa:s kapitalbehov och kapitalbas (enligt uppgifter från de tyska myndigheterna)

i miljoner tyska mark

(den 31 december)	1991	1992
WestLB:s riskjusterade tillgångar (utan Wfa)	83 000	91 209
Wfa:s riskjusterade tillgångar	13 497	14 398
WestLB:s riskjusterade tillgångar (inkl. Wfa) (*)		105 607
Erforderlig kapitalbas för WestLB (**) (=a)	4 611	5 867
Erforderlig kapitalbas för WestLB utan Wfa (**) (=b)		5 067
WestLB:s kapitalbas (= c)	5 090	9 190
WestLB:s kapitalbas utan Wfa (= d)		5 190
Utnyttjande av WestLB:s kapitalbas (a/c)	91 %	64 %
Utnyttjande av WestLB:s kapitalbas utan Wfa (b/d)		98 %

(*) Överföringen av Wfa:s tillgångar skedde den 1 januari 1992.
(**) Enligt det dåvarande kravet på 5,6 %.

(59) I denna kapitaltäckningsgrad på 8,7 % ingår en ökning av WestLB:s riskjusterade tillgångar som inte har anknytning

till stödet till bostadsbyggande från 8,2 miljarder mark (4,19 miljarder euro), eller 9,9 % under 1992. Om denna ökning hade skett utan överföringen av Wfa, skulle WestLB:s kapitaltäckningsgrad den 31 december 1992 ha minskat till 5,7 %, dvs. nästan till minimigränsen på 5,6 %.

(60) Medan hela Wfa-kapitalet är förbehållet stödet till bostadsbyggande, behövs endast en del av Wfa:s kapitalbas enligt bestämmelserna om kapitaltäckningsgrad för att täcka de riskjusterade tillgångarna. Enligt uppgifter från de tyska myndigheterna behövdes för detta ändamål 1,5 miljarder mark (770 miljoner euro) då de nya kapitaltäckningskraven trädde i kraft. Det återstående beloppet på 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro) kunde WestLB följaktligen vid denna tid använda som eget kapital för att täcka sin konkurrensutsatta verksamhet.

(61) För WestLB-koncernen var kapitaltäckningsgraden den 31 december 1991 5,8 %, vilket var 0,2 procentenheter över den dåtida minimikvoten. Ett år senare, efter det att BAKred godkänt Wfa-kapitalet, uppgick denna kvot inklusive Wfa:s riskjusterade tillgångar till ca 8,1 % Om kapitalöverföringen inte hade ägt rum och om koncernen inte heller, i motsats till vad som faktiskt skedde, hade ökat de risktillgångar som inte hade samband med stödet till bostadsbyggandet, skulle koncernens kapitaltäckningsgrad ha minskat till 5,3 % och därmed legat 0,3 procentenheter under den dåvarande minimigränsen.

(62) Den 30 juni 1993, då de nya kapitaltäckningskraven enligt kapitalbas- och kapitaltäckningsdirektiven gällde för de tyska kreditinstituten, uppgick koncernens kapitaltäckningsgrad (inklusive kapitaltäckningskraven på Wfa) enligt de nya bestämmelserna till 9 %, dvs. 1 procentenhet mer än minimikvoten (varav 6,3 procentenheter primärt kapital och 2,7 procentenheter supplementärt kapital). Utan tillskottet av eget kapital genom införlivandet av Wfa och utan risktillgångarna skulle koncernen den 30 juni 1993 haft en kapitaltäckningsgrad på ca 7,2 %. Kvoten på 9 % uppnåddes genom införskaffade av ytterligare supplementärt kapital i form av efterställda lån till ett belopp av 2,9 miljarder mark (1,48 miljarder euro) i början av 1993. WestLB skaffade under loppet av 1993 supplementärt kapital på sammanlagt 3,1 miljarder mark (1,59 miljarder euro). Det ledde till att koncernens kapitalbas enligt lagen om kreditväsendet till utgången av detta år ökade till 12,9 miljarder mark (6,6 miljarder euro). Kapitaltäckningsgraden var något lägre än den 30 juni 1993.

(63) Tabell 2: WestLB-koncernens kapitalbehov och kapitalbas (enligt uppgifter från de tyska myndigheterna)

i miljoner tyska mark

(Medelvärden)	1992 (*)	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002 (#)
Balansomslutning	271 707	332 616	378 573	428 622	470 789	603 798	693 026	750 558	782 410	844 743	519 470
Riskjusterade tillgångar	126 071	120 658	151 482	156 470	173 858	204 157	259 237	[…] (+)	[…]	[…]	[…]
Erforderligt primärt kapital (=a)	4 758	4 827	6 060	6 259	6 954	8 167	10 370	[…]	[…]	[…]	[…]
Erforderligt eget kapital totalt (=b)	9 351	9 653	12 119	12 517	13 908	16 333	20 739	[…]	[…]	[…]	[…]
Primärt kapital (=c)	5 117	8 818	9 502	9 769	9 805	10 358	11 378	[…]	[…]	[…]	[…]
Supplementärt kapital	500	2 495	4 513	4 946	5 270	7 094	10 170	[…]	[…]	[…]	[…]
Kapitalbas totalt (=d)	5 617	11 313	14 015	14 715	15 075	17 452	21 548	[…]	[…]	[…]	[…]
Utnyttjande av primärt kapital (=a/c)	93 %	55 %	64 %	64 %	71 %	79 %	91 %	[…]	[…]	[…]	[…]
Utnyttjande av kapitalbasen totalt (=b/d)	166 %	85 %	86 %	85 %	92 %	94 %	96 %	[…]	[…]	[…]	[…]

(*) Anomalierna för detta år beror på att Wfa-tillgångarna redovisades annorlunda i balansräkningen, definitionen av kapitalbasen ändrades liksom kapitaltäckningsgraden och på tidpunkten då BAKred godkände Wfa-kapitalet.

(#) Siffrorna hänför sig till WestLB AG, som 1992 övertog all konkurrensutsatt verksamhet från f.d. Westdeutche Landesbank Girozentrale.

(+) Konfidentiella uppgifter har utelämnats i denna text och ersatts av […].

(64) I absoluta tal innebar det primära kapitalet på 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) en teoretisk möjlighet att med 72 miljarder mark (36,8 miljarder euro) utvidga affärsvolymen av tillgångar med 100 % riskvikt enligt lagen om kreditväsendet i dess tidigare version (kapitaltäckningsgrad på minst 5,6 %). Enligt den kapitaltäckningsgrad på minst 8 % som tillämpas sedan den 30 juni 1993 skulle det motsvarande beloppet uppgå till 50 miljarder mark (25,6 miljarder euro). Under antagande att WestLB-koncernens konkurrensutsatta affärsområde kunde förfoga över 2,5 miljarder tyska mark (1,28 miljarder euro) av Wfa-kapitalet, ökades dess utlåningskapacitet för lån med 100 % riskvikt med 31,3 miljarder tyska mark (16 miljarder euro).

(65) I själva verket ökade den tillåtna kreditvolymen ännu mera, eftersom en banks tillgångar normalt inte är behäftade med 100 % risk. I slutet av 1993 uppgick WestLB-koncernens riskjusterade tillgångar (inklusive Wfa-verksamheten) till 148,6 miljarder mark (76 miljarder euro). Balansomslutningen uppgick till 332,6 miljarder mark (170,1 miljarder euro). Detta innebär en genomsnittlig riskvikt på 45 % ([1]). Med oförändrad riskstruktur och enligt den kvot på 8 % som anges i EU:s bankdirektiv var en total tillväxt (eller täckning för den befintliga affärsverksamheten) på omkring 69,4 miljarder mark (35,5 miljarder euro) möjlig med det disponibla primärkapitalet på 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro). Eftersom ökningen av det primära kapitalet gjorde det möjligt för WestLB att skaffa ytterligare supplementärt kapital (till samma belopp som det primära kapitalet) ökade bankens utlåningskapacitet indirekt ännu mer.

(66) Ett flertal slutsatser kan dras. För det första skulle det utan en kapitalökning ha varit svårt för WestLB att hålla sig över den lägsta tillåtna kapitaltäckningsgraden enligt lagen om kreditväsendet i dess lydelse före anpassningen till EU:s bankdirektiv. För det andra skulle WestLB-koncernen utan överföringen av Wfa endast kunna uppfylla kravet på kapitaltäckningsgrad enligt kapitaltäckningsdirektivet genom att minska sina riskjusterade tillgångar eller genom att tillgripa andra källor till eget kapital (t.ex. upplösning av dolda reserver). Anskaffning av supplementärt kapital skulle endast ha varit en tillfällig lösning, eftersom storleken på detta kapital begränsas av storleken på det disponibla primära kapitalet. För det tredje översteg kapitalökningen tillsammans med det nya supplementära kapital som anskaffades 1993 det belopp som koncernen behövde för att uppfylla de strängare kapitaltäckningskraven enligt den ändrade lagen om kreditväsendet.

([1]) I denna beräkning ingår inte risktranasaktioner utanför balansräkningen.

(67) Vad gäller begränsningen av stora exponeringar enligt tillsynsreglerna, motsvarade taket på 50 % enligt den gamla versionen av lagen om kreditväsendet omkring 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro) innan Wfa-kapitalet godkändes. Efter det att Wfa-kapitalet godkänts och 100 miljoner mark (50 miljoner euro) av vinstmedel reserverats, steg detta tak till nästan 4,6 miljarder mark (2,35 miljarder euro). Taket på 15 % för enskilda stora exponeringar, som tillsammans inte får uppgå till mer än åtta gånger bankens egna kapital, motsvarade den 31 mars 1992 760 miljoner mark (390 miljoner euro). Ett år senare, dvs. efter det att Wfa-kapitalet hade godkänts, steg taket till nästan 1,4 miljarder mark (720 miljarder euro). WestLB:s utlåningskapacitet med avseende på stora krediter ökade med 32 miljarder mark (16,4 miljarder euro) till följd av överföringen av Wfa (dvs. med åtta gånger ökningen av kapitalbasen) ([2]).

d) ERSÄTTNING FÖR ÖVERFÖRINGEN AV WFA

(68) Överföringen av Wfa medförde ingen ändring av WestLB:s ägarstruktur. Därför får delstaten Nordrhein-Westfalen ingen ersättning för det tillhandahållna kapitalet, vare sig som en större andel av utdelningarna eller i form av kapitalvinster av ägarandelar i WestLB.

(69) På grund av överföringen av Wfa ändrades huvudavtalet mellan WestLB:s ägare. Enligt § 5.2 i avtalet utgör delstatens ökning av WestLB:s kapitalbas enligt ägarnas uppfattning en ekonomisk fördel för dem. Storleken på ersättningen för det tillhandahållna kapitalet skulle fastställas då de första resultaten av WestLB:s verksamhet under räkenskapsåret 1992 förelåg, dvs. en kort tid efter överföringen. I motiveringen till lagen om överföringen finns en liknande formulering beträffande värdet av överföringen och ersättningen.

(70) Slutligen fastställdes ersättningen för det tillhandahållna kapitalet till 0,6 % per år. WestLB skall betala denna ersättning med beskattade vinstmedel, vilket innebär en kostnad för WestLB före skatt på ca. 1,1 % ([3]). Ersättningen skall endast betalas om banken går med vinst.

(71) Grunden för ersättningen är det primära kapital som BAKred godkänt, dvs. 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro). Ersättningen betalas endast för den del av detta kapital som Wfa inte behöver för att täcka sin verksamhet för stöd till bostadsbyggande. Denna del, som står till WestLB:s förfogande för att täcka dess affärsverksamhet, uppgick till 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro) efter det att de nya kapitaltäckningskraven trätt i kraft och har sedan dess ökat ([4]).

([2]) Det bör påpekas att de nya bestämmelserna inte endast ändrat kvottalen utan även definitionerna av begreppen ”kapitalbas” och ”riskjusterade tillgångar”.

([3]) Enligt en undersökning, framlagd av den tyska regeringen, av den ersättning som WestLB betalat uppgick bolagsskatten till och med 1993 till 46 % och därefter till 42 %. Till detta kom ett solidaritetspåslag (Solidaritätszuschlag) på 3,75 % år 1992, 0 % 1993 och därefter 7,5 %.

([4]) Då det nedan talas om det belopp för vilket ersättningen skall betalas är det för tydlighetens skull alltid fråga om situationen vid utgången av 1993, dvs. skillnaden mellan 1,5 miljarder mark (770 miljoner euro) och 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro), oberoende av den omständigheten att skillnaden mellan det kapital som är förbehållet Wfa-verksamheten och det som står till förfogande för WestLB ändras över tiden.

(72) Tabell 3: Den särskilda reserven för stöd till bostadsbyggande och Wfa:s kapitalbasbehov (enligt uppgifter från de tyska myndigheterna)

i miljoner tyska mark

(den 31 december)	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Särskild reserv för stöd till bostadsbyggande	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900	5 900
varav godkänt primärt kapital	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000	4 000
för Wfa:s byggnadslån	1 668	1 490	1 181	952	892	888	887	[…]	[…]	[…]	[…]
för WestLB	13 (*)	2 510	2 819	3 048	3 108	3 112	3 113	[…]	[…]	[…]	[…] (#)

(*) Eftersom BAKred godkände Wfa-kapitalet först den 30 december 1992 stod kapitalandelen på 2,332 miljarder mark (1,2 miljarder euro) till WestLB:s förfogande under endast två dagar. Detta ger för WestLB ett disponibelt kapital till ett belopp av i genomsnitt 13 miljoner mark (7 miljoner euro).

(#) Eftersom Wfa-kapitalet från den konkurrensutsatta verksamheten på grund av uppdelningen av West LB endast stod till förfogande fram till den 1 augusti 2002 skall skillnaden på […] mellan det totala godkända primära kapitalet på […] och det belopp på 632 miljoner mark som var bundet genom Wfa multipliceras med faktorn 7/12. WestLB förfogar följaktligen över ett disponibelt kapital för konkurrensutsatt verksamhet som uppgår till […].

III. SYNPUNKTER FRÅN BERÖRDA PARTER

1. *BDB:S KLAGOMÅL OCH SYNPUNKTER*

(73) Enligt BdB:s uppfattning är tillämpningen av den marknadsekonomiska investerarprincipen inte begränsad till företag som går med förlust eller är i behov av sanering. En investerare som följer denna princip styrs i sitt placeringsbeslut inte av frågan om företaget överhuvudtaget är lönsamt, utan han undersöker om avkastningen motsvarar den normala avkastningen på marknaden. Om kapitaltillskott av offentliga medel skulle granskas ur stödrättslig synvinkel endast då det är fråga om företag som går med förlust, skulle detta leda till att privata företag hamnade i ett sämre läge, vilket är oförenligt med artikel 86.1 i EG-fördraget.

(74) Artikel 295 i EG-fördraget kan inte heller tillämpas för att undanta överföringen av Wfa:s tillgångar från tillämpningsområdet för konkurrensrätten. Ur denna artikel kan man i bästa fall härleda att delstaten har rätt att bilda en sådan särskild fond. Så snart denna övergår till ett företag med affärsmässig verksamhet måste dock konkurrensreglerna tillämpas.

a) RIMLIG ERSÄTTNING FÖR KAPITALET

(75) BdB hävdade att det godkända primära kapitalet på 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro), precis som allt annat primärt kapital, kan användas för att täcka affärsverksamheten samtidigt som det likaså, precis som allt annat primärt kapital, kan användas för att skaffa supplementärt kapital för kapitaltäckning. På det sättet har delstaten gjort det möjligt för WestLB, som verkar med en ytterst knapp kapitalbas, att inte endast undgå tvånget att begränsa sin affärsverksamhet, utan till och med att utvidga sin riskverksamhet. Det belopp varmed kapitalbasen överstiger det faktiska behovet av eget kapital påverkar dessutom bankens finansieringskostnader på kapitalmarknaderna. En privat investerare i en marknadsekonomi skulle enligt BdB:s uppfattning inte tillföra sitt företag något kapital om företagets ekonomiska resultat under flera år varit permanent svagt och ingenting tyder på en betydande förbättring, dvs. att det inte finns några tecken på att en högre avkastning kan förväntas i framtiden.

i. *Avkastningens storlek*

(76) BdB framhävde att WestLB var i trängande behov av primärt kapital och att banken genom överföringen av Wfa närapå fördubblade sitt primära kapital, från 4,7 miljarder mark (2,4 miljarder euro) till 8,7 miljarder mark (4,45 miljarder euro). Med beaktande av WestLB:s svaga lönsamhet vid denna tid skulle ingen privat investerare ha tillfört banken ett så betydande belopp av eget kapital. För att tillhandahålla kapital under dessa förutsättningar skulle en privat investerare ha krävt ett påslag på minst en halv procentenhet utöver den normala avkastningen på aktiekapital. Enligt uppgift från BdB uppgick WestLB:s lönsamhet under de tio åren före överföringen till i genomsnitt 5,6 % före skatt. För de privata tyska storbankerna ligger motsvarande värden mellan 12,4 % och 18,6 %, med ett medelvärde på 16,8 % (före skatt) under den ifrågavarande tidsperioden. Andra delstatsbanker har uppnått en lönsamhet på 9-11 %. BdB har lagt fram en beräkning av avkastningen på eget kapital i tyska banker, som gjorts av ett externt konsultföretag för BdB:s räkning.

(77) Beträffande den lämpliga metoden att beräkna ett jämförelsetal för lönsamheten, ansåg BdB att den historiska avkastningen skall beräknas som det aritmetiska och inte det geometriska medelvärdet (*Compound annual growth rate*). Den senare metoden utgår från att investeraren återinvesterar utdelningarna och inkluderar på så sätt de extra beloppen i beräkningen. Hur utdelningarna placeras kan

dock inte påverka det ursprungliga placeringsbeslutet, utan bör ses som ett nytt, skilt placeringsbeslut. Därför måste man använda en metod med ett aritmetiskt medelvärde.

(78) Om däremot metoden med "*Compound annual growth rate*" tillämpas, uppgår den genomsnittliga avkastningen efter skatt för några privata tyska storbanker under åren 1982-1992 till 12,54 %. Vid beräkningen av detta värde har BdB enligt egen uppgift beaktat alla möjliga innehavsperioder för placeringar och försäljningar mellan 1982 och 1992 för att undvika snedvridningar som kunde uppstå om endast ett år togs som basår och detta år uppvisade ovanligt höga eller låga aktiekurser. Beaktande av flera olika innehavsperioder syftar till att utjämna svängningar på aktiemarknaden. BdB hävdade att de motsvarande värdena för WestLB är för låga, eftersom intäkter av avyttringar av aktieteckningsrätter inte beaktats.

(79) Beträffande "*Capital asset pricing model*" (CAP-modellen) som hänvisas till i WestLB:s centrala utlåtande för att motivera kapitalersättningen på 0,6 % har BdB lagt fram ett eget externt utlåtande. I denna undersökning kommer man fram till en avkastning på eget kapital på 12,21 % (med tillämpning av den normala riskpremien på den tyska marknaden under perioden 1982-1991) respektive 14,51 % (under förutsättning av en högre förväntad riskpremie), vilket överstiger det värde som WestLB angett. Skillnaden kan förklaras med två olika faktorer. För det första tillämpade BdB en högre riskpremie för eget kapital (3,16 % respektive 5 %). För det andra tillämpar BdB ett högre beta-värde för kreditinstitut (1,25 %). Den riskfria grundräntesatsen är densamma som i WestLB:s kalkyl. Med beaktande av de olika metoderna för att beräkna avkastningen på eget kapital anger BdB slutligen ett värde på 14-16 % som den normalt förväntade avkastningen på eget kapital.

(80) Vidare förklarade BdB att en privat minoritetsägare inte skulle tillföra något extra kapital utan att kräva att hans andel av företaget ökas. Endast på så sätt kan han få en motsvarande andel av företagets vinst och större inflytande på företaget.

(81) BdB framhöll att överenskommelsen mellan WestLB:s aktieägare, enligt vilken Wfa-kapitalet endast skulle utgöra ett efterställt garantikapital i förhållande till WestLB:s övriga garantikapital, i realiteten är verkningslös, eftersom delstaten redan på grund av sitt institutionella ansvar är skyldig att tillföra WestLB kapital om banken råkar i svårigheter. På så sätt garanterar delstaten som ägare av WestLB inte endast bankens samtliga skulder, utan dessutom även det egna kapital som den själv tillfört från Wfa utan att få någon ersättning för detta. Det innebär att en minskad risk för det överförda kapitalet mycket väl kan vara resultatet av en större risk för delstaten som aktieägare i WestLB. Wfa-tillgångarnas riskprofil skiljer sig följaktligen inte från den som kännetecknar normalt eget kapital.

(82) Beträffande den jämförelse med olika instrument för eget kapital på de finansiella marknaderna som Tyskland och WestLB fört fram i sin argumentation, förklarade BdB att vinstandelsbevis och "*cumulative perpetual stock*" inte kan jämföras med Wfa-tillgångarna. För det första godtas de inte som primärt kapital (*cumulative perpetual stock* har i Tyskland ännu inte ens godtagits som supplementärt kapital). På grund av sin egenskap som primärt kapital gjorde Wfa-tillgångarna det möjligt för WestLB att ytterligare öka sin kapitalbas genom anskaffning av supplementärt kapital. För det andra är de nämnda instrumenten begränsade i tiden och vinstandelsbevis förlorar sin egenskap av supplementärt kapital två år innan de förfaller. WestLB har däremot obegränsad tillgång till Wfa-tillgångarna. För det tredje utgör dessa instrument normalt endast en begränsad del av en banks kapitalbas och förutsätter en betydande andel primärt kapital. För det fjärde kan kapitalmarknadsinstrument handlas på marknaderna, vilket innebär att investerare kan avsluta sina placeringar när de vill. Delstaten har inte denna möjlighet. Som kompensation för att ha förlorat dessa affärsmöjligheter skulle en privat investerare begära ett påslag på minst 0,5 procentenheter på den normala avkastningen.

(83) BdB har även lämnat uppgifter till kommissionen om strukturen på några privata tyska storbankers kapitalbas och deras kapitaltäckningsgrader från 1990 och framåt. Av dessa uppgifter framgår att de tyska bankerna under början av 1990-talet inte hade några hybridinstrument i sina primära egna medel (eller att de åtminstone inte utnyttjade sådana). Vidare framgår det att kreditinstitutens kapitaltäckningsgrader i allmänhet låg klart över det erforderliga minimivärdet på 4 % för primärt kapital och 8 % för den totala kapitalbasen.

(84) BdB tog även upp huvudavtalet mellan WestLB:s andelsägare, enligt vilket Wfa-tillgångarna endast skulle utgöra ett efterställt garantikapital i förhållande till WestLB:s övriga garantikapital. Eftersom uttrycket "övriga garantikapital" även refererar till eget kapital i form av vinstandelsbevis och efterställda lån och därmed försämrar deras kvalitet är avtalet till skada för tredje man ("*Vertrag zu Lasten Dritter*") och därför ogiltigt. Risken för den särskilda Wfa-reserven är därför större än för vinstandelsbevis och efterställda lån.

(85) Av alla dessa skäl antar BdB att den ersättning på 0,6 % som WestLB betalar inte utgör en marknadsmässig förräntning. Med beaktande av den omständigheten att WestLB måste skaffa likvida medel för att fullt ut kunna utnyttja Wfa-tillgångarna och att ingen andel i reservens tillväxt gavs, eftersom delstatens andel i WestLB inte utökades, antog BdB att en räntesats på 14-17 % skulle vara korrekt. Denna ersättning borde betalas för hela det godkända beloppet på 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro).

ii. ***Likviditetsnackdelar***

(86) I sin besvärsskrivelse godtog BdB att det förelåg ”likviditetsnackdelar”, vilket innebar att omkring 7 procentenheter borde dras av från kapitalersättningen. Men eftersom kapitalbasen även tjänade till att täcka transaktioner utanför balansräkningen, för vilka inga likvida medel krävdes, borde dock detta avdrag på 7 procentenheter minskas.

(87) I sina kommentarer till kommissionens beslut att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget anför BdB att ”likviditetsnackdelar” inte bör beaktas vid beräkningen av den rimliga avkastningen på Wfa-tillgångarna. Den förmenta likviditetsnackdelen har redan kompenserats genom diskontering av Wfa-tillgångarna till ett kontantvärde av 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro). En del bankverksamheter, t.ex. garantier, kräver dessutom överhuvudtaget ingen likviditet. Om några nackdelar således över huvud taget skall beaktas, kan endast ett litet avdrag på 2,7 procentenheter komma i fråga, för att kompensera för det faktum att Wfa-kapitalet inte är bundet till lönsamma affärsområden. För att styrka detta yrkande lade BdB fram ett utlåtande från en extern expert.

(88) BdB påpekar även att WestLB i vilket fall som helst överskattat refinansieringskostnaderna då de angett dem till 7,5 %. Enligt en undersökning av de genomsnittliga marknadsräntorna för refinansieringsinstrument under de enskilda åren och i enlighet med WestLB:s balansstruktur bör den faktiska refinansieringsräntan för WestLB på marknaderna under åren 1992-1996 antas ha varit i genomsnitt mellan 6,07 och 6,54 %. BdB har även överlämnat uppgifter till kommissionen om refinansieringskostnaderna för några privata tyska storbanker vid tiden för överföringen av Wfa. Dessa värden var betydligt lägre än de 7,5 % som WestLB i en tidigare fas av förfarandet uppgett som en rimlig refinansieringskostnad. Här bör man enligt BdB:s uppfattning skilja mellan kostnader före och efter skatt. Refinansieringskostnader minskar den beskattningsbara vinsten. Om refinansieringskostnaderna skall beaktas, bör refinansieringsräntan beräknas efter skatt.

iii. ***Kapitalbas för beräkning av ersättningen***

(89) Som redan nämnts menade BdB att den rimliga ersättningen borde betalas ut för hela det belopp som godkänts som primärt kapital, dvs. 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro). I sina synpunkter hävdade BdB dock även att inte endast detta belopp, som BAKred godkänt som primärt kapital, är till nytta för WestLB, utan även det återstående beloppet på 1,9 miljarder mark (970 miljoner euro). Detta belopp kan visserligen inte användas för att täcka affärsverksamhet, men det redovisas ändå i balansräkningen som eget kapital. Kreditvärderingsföretag och investerare ser inte på det godkända primära kapitalet, utan på hela det egna kapital som redovisas i balansräkningen, eftersom detta ligger till grund för de i branschen gängse uppskattningarna av de medel som står till förfogande för att täcka förluster. Det innebär att beloppet ökar WestLB:s kreditvärdighet för vilket en ersättning jämförbar med en garantiavgift bör betalas.

iv. ***Synergieffekter***

(90) Enligt BdB är de påstådda synergieffekterna inte den egentliga anledningen till överföringen av tillgångarna. Det framgår också tydligt av att åtgärden i lagen om överföringen motiveras med nödvändigheten att stärka WestLB:s konkurrensposition och att man avtalat om att betala en ekonomisk ersättning.

(91) Dessutom frågar BdB hur synergieffekterna skall kunna uppnås om Wfa:s och WestLB:s respektive affärsmässiga verksamheter ekonomiskt, organisatoriskt och personellt skall hållas isär från varandra såsom anges i de tillämpliga rättsliga bestämmelserna. Om det skulle uppstå synergieffekter i Wfa:s verksamhet, skulle detta minska kostnaderna för stödet till bostadsbyggande, som dock inte skulle kunna betraktas som en ersättning som delstaten får från WestLB.

b) SKATTEASPEKTER

(92) BdB förklarar att Wfa-tillgångarna även efter överföringen är befriade från bolags-, förmögenhets- och näringsskatt. Skattebefrielser för offentligrättsliga kreditinstitut är dock berättigade endast då dessa institut enbart bedriver allmännyttig verksamhet och i den mån de inte konkurrerar med privata, skattskyldiga institut.

(93) BdB anför att en normal bank som ökar sitt kapital måste betala 0,6 % förmögenhetsskatt och 0,8 % näringsskatt årligen för det nya kapitalet. WestLB har därför fått en bättre ställning än andra banker. Befrielsen från bolagsskatt gynnar indirekt WestLB. Att staten avstår från skatteintäkter utgör statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

c) AVSKRIVNING AV SKULDER

(94) Före överföringen avskrevs skulder som Wfa hade till delstaten till ett belopp av 7,3 miljarder mark (3,77 miljarder euro). Delstaten avstod från detta ansvarsåtagande från Wfa:s sida utan att begära någon ersättning av Wfa eller WestLB. En privat investerare i en marknadsekonomi skulle kräva en ersättning för detta. Att delstaten avstod från ansvarsåtagandet var en avgörande förutsättning för att den tyska tillsynsmyndigheten för kreditväsendet (*Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen*, BAKred) skulle godkänna beloppet på 4 miljarder mark (2,5 miljarder euro) som primärt kapital. På så sätt fick WestLB en direkt fördel av skuldavskrivningen.

2. *SYNPUNKTER FRÅN ANDRA BERÖRDA PARTER*

(95) Förutom WestLB och BdB yttrade sig två andra berörda parter om kommissionens beslut att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget.

a) ASSOCIATION FRANÇAISE DES BANQUES

(96) Den franska bankföreningen Association Française des Banques förklarar att tillskottet av eget kapital till WestLB, för vilket endast en obetydlig ersättning krävs, och delstatens permanenta garanti för banken lett till snedvridningar av konkurrensen till skada för franska kreditinstitut. Eftersom WestLB:s ägare krävde en avkastning på det egna kapitalet som var klart lägre än den marknadsmässiga nivån, kan WestLB erbjuda sina tjänster till priser som är lägre än kostnaderna (dumpning). På grund av garantiansvaret har WestLB kreditbetyget ”AAA”, vilket innebär att banken kan sköta sin refinansiering på marknaderna till mycket förmånliga villkor.

(97) Denna fördel för WestLB missgynnar franska banker med verksamhet i Tyskland. Samtidigt kan WestLB på grund av dessa särskilda omständigheter utvidga sin affärsverksamhet i Frankrike, framför allt på området för kommunal finansiering. Konkurrensen i banksektorn har blivit snedvriden i Tyskland, Frankrike och andra medlemsstater.

b) BRITISH BANKERS' ASSOCIATION

(98) Den brittiska bankföreningen *(British Bankers' Association)* förklarar att WestLB är en aktiv konkurrent till icke-tyska banker inom Tyskland och på hela den europeiska marknaden. Stöd till förmån för WestLB snedvrider därför handeln inom gemenskapen. Kommissionen uppmanas att skapa respekt för den inre marknadens principer och att inte undanta offentligt ägda banker från konkurrensreglerna i fördraget.

3. *SYNPUNKTER FRÅN WESTLB*

(99) Efter det att kommissionens beslut att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget offentliggjorts överlämnade WestLB som sitt yttrande en kopia av Tysklands synpunkter i samma ärende och förklarade att banken till fullo instämmer i dessa synpunkter. Tysklands argument är därför i allmänhet representativa även för WestLB:s ståndpunkt, som därför endast skall refereras i korthet här.

a) ALLMÄNNA SYNPUNKTER FÖR ÖVERFÖRINGEN AV TILLGÅNGARNA

(100) Enligt WestLB:s uppfattning kan den marknadsekonomiska investerarprincipen inte tillämpas på ekonomiskt sunda och lönsamma företag. Detta har bekräftats av EG-domstolen. Domstolen tillämpar denna princip endast då det ifrågavarande företaget vid tiden för investeringsbeslutet redan sedan en längre tid gjort stora förluster och är verksamt i en sektor med strukturell överkapacitet. I EG-domstolens rättspraxis finns inget stöd för att tillämpa principen på ekonomiskt sunda och lönsamma företag.

(101) På grund av Wfa:s särskilda uppgift kan dess tillgångar inte jämföras med normalt eget kapital. Införlivandet av Wfa-tillgångarna, som inte kan användas på något annat sätt, i WestLB innebar ur ekonomisk synvinkel den mest rationella användningen av dessa tillgångar. Genom överföringen av tillgångarna optimerade delstaten användningen av de tillgångar som var förbehållna stöd till bostadsbyggande. En privat ägare skulle ha förfarit på precis samma sätt.

(102) Enligt WestLB:s uppfattning skulle en ökning av delstatens andel i samband med överföringen av tillgångarna inte endast ha varit onödig, utan även oförenlig med Wfa-tillgångarnas särskilda riskprofil. Eftersom den inte medfört någon ökad likviditet kan införlivandet inte jämföras med andra former av kapitaltillskott. Det finns även andra typer av instrument för eget kapital på marknaden som inte medför rösträtt.

(103) Eftersom ersättningen till delstaten är rimlig, kan man inte begära någon ökning av WestLB:s lönsamhet. Det är inte heller klart varför en privat investerare i en marknadsekonomi skulle kräva en viss vinstnivå då han investerar i ett lönsamt företag. Eftersom WestLB hittills gått med vinst finns det heller inget behov av någon omstruktureringsplan. EG-domstolen kräver en sådan plan endast då det är fråga om omstruktureringsstöd till företag som går med förlust.

b) RIMLIG ERSÄTTNING FÖR KAPITALET

(104) Enligt WestLB:s uppfattning är storleken på den ersättning som betalas för Wfa-tillgångarna rimlig. Som stöd för sin uppfattning har WestLB lagt fram ett utlåtande från en investmentbank, som den gett i uppdrag att värdera ersättningen. I expertutlåtandet jämförs Wfa-tillgångarnas riskprofil med andra former av eget kapital. Resultatet är att en rimlig ersättning för den särskilda Wfa-reserven ligger på 0,9-1,4 %. Det motsvaras av att WestLB har kostnader för användning av Wfa-tillgångarna på 1,1 % (före skatt). WestLB framhåller att ett fullt utnyttjande av Wfa-tillgångarna kräver ytterligare refinansieringskostnader, som i de olika dokumenten anges till 7,5-9,3 %.

(105) WestLB hävdar även att de siffror om de tyska bankernas avkastning på eget kapital som BdB lagt fram av olika skäl inte är korrekta. Den investeringsperiod som BdB utgått från i sin beräkning leder på grund av den speciella kursutvecklingen på börsen till särskilt höga avkastningsvärden. Det aritmetiska medelvärde som BdB anfört ger felaktiga resultat. I stället borde man ha använt sig av det geometriska medelvärdet *(”Compound annual growth rate”)*. BdB inbegriper i sin kalkyl investeringsperioder som är irrelevanta för ett investeringsbeslut under 1992, och på grund av att alla möjliga innehavsperioder beaktas kommer enskilda år att räknas flera gånger. De kreditinstitut som BdB tar upp för att beräkna den genomsnittliga avkastningen på eget kapital för tyska storbanker kan inte

jämföras med WestLB eftersom deras kärnverksamheter skiljer sig från varandra. Om man utgående från alla dessa faktorer justerar den genomsnittliga avkastning på 16,6 % som BdB nämner kommer man framtill ett värde på 5,8 %.

c) SYNERGIEFFEKTER

(106) Enligt WestLB medförde införlivandet av Wfa i WestLB betydande kostnadsbesparingar för Wfa. Under de första två åren kunde man minska Wfa-personalen (tidigare 588 personer: personalen i ”gamla Wfa” och de anställda i WestLB:s avdelning för bostadsbyggande, vars kostnader Wfa stod för före överföringen) med 53 personer. Under de första åren gav införlivandet upphov till årliga samverkansvinster på 13 miljoner mark (7 miljoner euro). Personalminskningen skulle fortsätta i en takt som innebar att besparingarna från och med 1997 förväntades öka till omkring 25 miljoner mark (13 miljoner euro) per år. Dessa belopp användes uteslutande till delstatens stöd till bostadsbyggande. I ett annat dokument talas om samverkansvinster på minst 35 miljoner mark (18 miljarder euro) per år.

(107) Under införlivandet övertog WestLB kostnader på 33 miljoner mark (17 miljoner euro) för att ändra pensionssystemet för de anställda vid Wfa och gjorde en motsvarande betalning till förbundsstatens och delstaternas pensionsanstalt. Denna betalning kommer att minska Wfa:s framtida utgifter.

d) SKATTEBEFRIELSE

(108) Enligt WestLB överensstämmer befriandet av Wfa från vissa skatter med det tyska skatterättssystemet, enligt vilket de ifrågavarande skatterna inte tas ut av institutioner som tjänar offentliga syften och inte konkurrerar med skattskyldiga institutioner. WestLB självt måste till fullo betala alla dessa skatter och banken får inga fördelar av Wfa:s skattebefrielse. Sedan den 1 januari 1997 tas ingen förmögenhetsskatt ut och sedan den 1 januari 1998 ingen näringsskatt.

e) AVSKRIVNING AV SKULDER

(109) Avskrivningen av de ifrågavarande skulderna skedde före överföringen och värderingen av Wfa-tillgångarna i samband med denna. Beloppet på 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) hänför sig således till situationen utan dessa skulder. Eftersom ersättningen grundar sig på detta belopp, får WestLB ingen fördel av avskrivningen.

IV. TYSKLANDS KOMMENTARER

(110) Enligt Tysklands uppfattning innehåller överföringen inga inslag av statligt stöd i den mening som avses i EG-fördraget till förmån för WestLB. Delstaten Nordrhein-Westfalen får en rimlig, marknadsmässig ersättning. Inte heller de andra ägarna i WestLB får något statligt stöd genom överföringen, eftersom bevarandet av ägarstrukturen efter införlivandet av Wfa berättigas av den rimliga ersättning som WestLB betalar. Inte heller skattebefrielsen, som gällde Wfa, innehåller något inslag av statligt stöd till förmån för WestLB, eftersom den inte berör bankens affärsmässiga verksamhet.

(111) Enligt Tysklands uppfattning kan kommissionen endast granska fallet på grundval av de omständigheter som rådde vid tiden för investeringsbeslutet, dvs. i slutet av 1991. Endast dessa omständigheter kan ha legat till grund för delstatens investeringsbeslut. Senare frågor och skeenden, som BAKred:s godkännande av Wfa-tillgångarna som eget kapital och den årliga värderingen och införlivandet av Wfa:s tillgångar och skulder i WestLB:s balansräkning är inte föremål för kommissionens granskning.

(112) Enligt Tyskland går planerna på att införliva Wfa i WestLB tillbaka till 1970- och 1980-talen. Anledningen till detta var en önskan att effektivisera stödet till bostadsbyggandet. Före införlivandet var förfarandet för att få ett bostadsbyggnadslån ganska komplicerat, eftersom såväl Wfa som WestLB var engagerade förutom de behöriga offentliga myndigheterna. Inom WestLB fanns en särskild avdelning. ”Stöd till bostadsbyggande”, vars kostnader bars av Wfa. Denna struktur innebar dubblering av tjänster och akter och andra effektivitetsförluster. Efter införlivandet behöver stödmottagarna endast vända sig till en instans i stället för två.

(113) Tyskland menar vidare att WestLB skulle ha kunnat uppfylla de nya kapitaltäckningskriterierna utan anskaffning av supplementärt kapital. För att garantera bankens långsiktiga funktionsduglighet var det dock ändamålsenligt att öka det primära kapitalet. Allt detta sammantaget visar att det främsta motivet för införlivandet inte var att öka WestLB:s kapitalbas, utan att uppnå möjliga synergieffekter och förbättra förfarandet för stödet till bostadsbyggande. Ändringen av kapitaltäckningskraven hade endast varit den utlösande faktorn.

(114) I det berörda lagstiftningsinitiativet anges redan att syftet med delstatens bostadsbyggnadsfond måste kvarstå, dess substans garanteras och instrumenten för bostadspolitiken bevaras. I enlighet med detta skall WestLB driva Wfa som en organisatoriskt och ekonomiskt självständig institution med eget bokslut. Om WestLB skulle läggas ned har delstaten företrädesrätt till Wfa:s nettotillgångar. Alla Wfa:s intäkter skall fortsättningsvis användas för stödet till bostadsbyggande. För att uppfylla sina kapitaltäckningskrav kan WestLB endast använda den del av Wfa:s kapitalbas som Wfa självt inte behöver för att täcka sina tillgångar. Delstaten behåller ett särskilt inflytande över Wfa genom särskilda rätter till övervakning, information och samarbete.

(115) Utåt utgör den särskilda reserven garantikapital utan begränsning. Om WestLB skulle gå i konkurs eller likvideras har fordringsägarna direkt tillgång till den särskilda Wfa-

reserven. Även förluster kan i sin helhet täckas av den särskilda reserven. Internt har däremot WestLB:s ägare reglerat ordningsföljden för krav på Wfa-kapitalet på ett annat sätt. Wfa-tillgångarna kan här endast tas i anspråk efter WestLB:s övriga egna kapital. Eftersom denna interna överenskommelse inte gäller den lagstadgade garantin utåt, godkände BAKred den 30 december 1992 den särskilda reserven till ett belopp av 4,0 miljarder mark (2,5 miljarder euro) som primärt kapital.

1. *PRINCIPEN OM DEN PRIVATA INVESTERAREN I EN MARKNADSEKONOMI*

(116) Tyskland påpekar att delstaten inte under några omständigheter var skyldig att som alternativ till överföringen av Wfa även beakta en privatisering för att på detta sätt göra det möjligt för WestLB att vända sig till kapitalmarknaderna för att skaffa det egna kapital som banken behövde. Delstaten var inte skyldig att öppna WestLB för privat kapital. En sådan argumentation är inte förenlig med artikel 295 i EG-fördraget.

(117) Det behövdes ingen ökning av WestLB:s totala lönsamhet, eftersom åtgärder för att höja avkastningen endast krävs då staten skjuter till kapital till företag som går med förlust. EG-domstolen har alltid tillämpat den marknadsekonomiska investerarprincipen endast på statliga ingripanden i olönsamma företag och branscher med strukturell överkapacitet. Av EG-domstolens rättspraxis kan man inte dra slutsatsen att kommissionen har rätt att granska statliga investeringar i ekonomiskt sunda och lönsamma företag för att avgöra om de åtminstone uppnår en genomsnittlig kapitalavkastning. Staten kan även ta hänsyn till långsiktiga, strategiska överväganden; den har en viss företagsmässig frihet att fatta beslut, och kommissionen har ingen rätt att granska företagsbeslut som fattas inom ramen för denna frihet. Kommissionen har därför inte rätt att kräva en viss minimiavkastning, förutsatt att företaget i fråga inte går med förlust på lång sikt. Beräkningar av genomsnittlig avkastning medför nödvändigtvis även att många företag visar en lönsamhet som ligger under genomsnittet i deras respektive branscher. Det är dessutom oklart vilka företag och tidsperioder som skall ligga till grund för beräkningen av den genomsnittliga avkastningen. Staten är inte skyldig att vid företagsbeslut uteslutande rätta sig efter lönsamhetsöverväganden. Även en privat investerare kan naturligtvis beakta andra aspekter. Det är en del av den fria företagsamheten att ha rätt att fortsätta driften av företag med lägre än genomsnittlig lönsamhet och att tillföra dem nytt kapital. Gränsen för staten nås först då dess agerande i jämförelse med en privat investerares inte längre på något vis kan motiveras ur ekonomisk synvinkel.

(118) Den genomförda transaktionen kan dock även motiveras enligt den marknadsekonomiska investerarprincipen som en åtgärd som även en privat ägare skulle ha vidtagit. De tillgångar som tillförts kan på grund av att de är förbehållna ett visst ändamål inte jämföras med ett ”normalt” tillskott av eget kapital. Införlivandet av Wfa var den affärsmässigt mest rationella och effektiva användningen av Wfa-tillgångarna. Delstaten har genom införlivandet i WestLB använt Wfa-tillgångarna på lönsammast möjliga sätt. Om man jämför Wfa med privata tillgångar som är bundna till ett allmännyttigt ändamål (t.ex. en stiftelse), skulle en privat ägare ha behandlat dessa tillgångar på precis samma sätt för att lönsamt utnyttja de tillgångar som inte kan användas på något annat sätt än för sitt deklarerade ändamål.

(119) Enligt Tysklands uppfattning utgör Wfa-tillgångarnas offentliga ändamål en uppgift av allmänt ekonomiskt intresse, som enligt artikel 295 i EG-fördraget är undandragen kommissionens övervakning. Medlemsstaterna har rätt att skapa sådana fonder som är förbehållna ett bestämt ändamål.

(120) Enligt Tysklands uppfattning är det ur stödrättslig synvinkel irrelevant hur en rimlig ersättning betalas. Eftersom delstaten får en rimlig ersättning är det varken nödvändigt eller motiverat att öka dess ägarandel av WestLB. Det skulle ha gett delstaten en extra ekonomisk fördel utan någon motprestation. En sådan utökning av ägarandelen skulle inte heller vara motiverad med tanke på Wfa-tillgångarnas särskilda karaktär (bristande likviditet, efterställdhet inom banken). Dessutom saknar även vissa kapitalmarknadsinstrument som kan jämföras med Wfa-tillgångarna rösträtt. Eftersom den avtalade ersättningen är rimlig får de andra ägarna inga extra intäkter som inte skulle ha tillkommit dem under normala, marknadsmässiga förhållanden, och därigenom ökas inte heller WestLB:s attraktion för andra investerare. Eftersom ägarstrukturen i WestLB är fastställd och inga nya (privata) andelsägare kan tillkomma, skulle dessutom en hypotetiskt för låg ersättning inte ha något inflytande på eventuella privata investerare. Till och med om de andra ägarna faktiskt skulle få en fördel, skulle dock effekten på sparbankerna vara alltför liten för att kunna märkas.

(121) Eftersom delstaten får en bestämd och rimlig ersättning och WestLB alltid varit och förblir ett företag med lönsam verksamhet, som utan minsta tvivel kan betala den avtalade ersättningen, är den faktiska storleken på avkastningen på det egna kapitalet utan betydelse och delstaten har följaktligen ingen anledning att kräva en högre lönsamhet av banken.

2. *RIMLIG ERSÄTTNING FÖR KAPITALET*

(122) Enligt Tysklands uppfattning betalade WestLB en rimlig ersättning för de överförda tillgångarna. Att WestLB måste betala en ersättning för det kapital som ställts till dess förfogande har delstaten från första början sett som en förutsättning för överföringen. De berörda parterna hade ingående diskuterat ersättningens storlek och grundvalen för att beräkna den. Eftersom man 1991 ännu inte visste vilket belopp BAKred skulle godkänna som primärt kapital, hade man dock endast fastställt ersättningen i princip, inte konkret vid tiden för överföringen av tillgångarna. Den faktiska ersättningen på 0,6 % fastställdes 1993 efter förhandlingar med de andra ägarna i WestLB ([1]). Tyskland har inte lämnat kommissionen någon som helst dokumentation med förklaringar till hur detta värde fastställdes. I stället hävdar Tyskland att det som är avgörande ur stödrättslig synvinkel inte är de överväganden som låg till grund för ersättningens storlek, utan endast resultatet, och att detta var rimligt. Den fasta ersättningen skall betalas av

([1]) Ersättningen på 0,6 % per år fastställdes i en protokollsanteckning till huvudavtalet daterad den 11 november 1993.

den vinst som kan delas ut, dvs. före utdelningen. Om ersättningen under ett enskilt år inte betalas på grund av att ingen vinst gjorts, föreligger ingen rätt till kompensationsbetalning under de följande åren ([1]). Värdet på 0,6 % motsvarar en kostnad före skatt för WestLB på omkring 1,1 %.

(123) I tabellen nedan listas WestLB:s betalningar till delstaten som ersättning för de överförda tillgångarna.

(124) Tabell 4: Av WestLB betald ersättning för överföringen av Wfa:s tillgångar (uppgifter från Tyskland)

(miljoner DEM)

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Ersättning (före skatt)	0,0	27,9	30,8	33,4	33,9	34,0	34,0	[…]	[…]	[…]	[…]
Betalning för övertagandet av Wfa-anställdas intjänade pensionsrättigheter	33,1	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	[…]	[…]	[…]	[…]
Total ersättning till delstaten	33,1	27,9	30,8	33,4	33,9	34,0	34,0	[…]	[…]	[…]	[…]

(125) Tyskland har lagt fram ett utlåtande från ett externt konsultföretag, som av WestLB fått i uppdrag att fastställa hur stor en rimlig ersättning för kapitalplaceringar med samma riskprofil som Wfa-tillgångarnas skulle ha varit 1991. I expertutlåtandet undersöks riskprofilen såväl externt som internt samt villkoren för ersättningsbetalningarna. Resultaten jämförs med olika kapitalinstrument på de internationella kapitalmarknaderna för att få fram ett rimligt värde på ersättningen. Jämförelsen kommenteras i nästa avsnitt. I utlåtandet konstateras att en ersättningsnivå på 0,9 %-1,4 % är rimlig. Eftersom ersättningen på 0,6 % för WestLB motsvarar en kostnad före skatt på 1,1 % anses ersättningen vara rimlig. Förutom denna direkta ersättning bör man även beakta synergieffekterna av överföringen av tillgångarna.

a) JÄMFÖRELSE MED ANDRA KAPITALINSTRUMENT

(126) I utlåtandena antas det att avkastningen på ett kapitalinstrument är beroende av dess riskprofil: ju högre risk, desto högre riskpremie, dvs. ränteskillnaden mot säkra statsobligationer. För analysen av ett kapitalinstruments riskprofil är därför framför allt följande tre faktorer av betydelse: formerna för de löpande räntebetalningarna, kapitalinvesterarens ställning vid eventuellt löpande förluster och dennes ställning vid eventuell konkurs eller likvidation. I utlåtandena beskrivs olika egenskaper ([2]) hos flera kapitalinstrument på de finansiella marknaderna (stamaktier, passivt delägande (*Stille Beteiligungen*), vinstandelsbevis, *"perpetual preferred share", "trust preferred securities*" och efterställda lån) och jämförs med Wfa-tillgångarna. Enligt utlåtandena kan Wfa-tillgångarna närmast jämföras med vinstandelsbevis, "*Perpetual preferred shares*" och passivt delägande ([3]). Av de kapitalinstrument som nämns är "*trust preferred shares*" och "*perpetual preferred shares*" inte godkända i Tyskland. Enligt utlåtandena fanns i slutet av 1991 i Tyskland följande kapitalinstrument som godtogs som primärt kapital: stamaktier, preferensaktier och passivt delägande.

(127) I utlåtandena framhålls att Wfa-tillgångarna vid eventuell konkurs för WestLB skulle stå till fordringsägarnas förfogande (garantifunktion). Samtidigt kan WestLB utjämna förluster i obegränsad utsträckning med den särskilda Wfa-reserven (förlustutjämningsfunktion). De interna överenskommelserna och förbehållet beträffande

([1]) Tyskland förklarar att ägarna kommit överens om att sådana kompensationsbetalningar skall göras, men WestLB är inte rättsligt förpliktigat till detta.

([2]) Följande egenskaper beskrivs: emissionsland och utställarnas hemland, tillsynsmässig klassificering, typisk löptid, behandling vid eventuell konkurs eller likvidation eller förlusttäckning, möjlighet till inlösen, möjlighet att uppskjuta utbetalning av räntor eller utdelningar, möjlighet till kumulativt uppskjutande.

([3]) I den ena versionen jämförs Wfa-tillgångarna med vinstandelsbevis och "perpetual preferred stock", i det andra med alla tre instrumenten.

användningen av Wfa-tillgångarna är utan betydelse i detta sammanhang. Internt är dock den särskilda reservens garantifunktion efterställd WestLB:s övriga kapitalbas, och detta är avgörande för en investerares beslut.

(128) Med avseende på förlustutjämningsfunktionen kan den särskilda Wfa-reserven jämföras med *"perpetual preferred shares"*. Eftersom den särskilda Wfa-reserven skulle utnyttjas endast – och då jämsides med vinstandelsbevisen (som utgör supplementärt kapital) – om WestLB:s övriga kapitalbas förbrukats och även vinstandelsbevisen redan delvis använts tillsammans med dessa andra former av primärt kapital, är reserven förenad med mindre risk än vinstandelsbevisen. Detsamma gäller passivt delägande.

(129) Beträffande garantifunktionen skulle den särskilda reserven tas i anspråk efter de övriga formerna av primärt kapital, men före passivt delägande, vinstandelsbevis och övrigt supplementärt kapital. Följaktligen är den särskilda Wfa-reserven behäftad med en större risk än vinstandelsbevis och passivt delägande. Även beträffande garantifunktionen kan den särskilda Wfa-reserven med avseende på risken jämföras med "perpetual preferred shares". Eftersom sannolikheten för att WestLB går i konkurs är synnerligen liten kan dock denna risk i praktiken lämnas obeaktad, och en investerare skulle tillmäta de hithörande riskkostnaderna ett mycket lågt värde.

(130) Räntan på Wfa-tillgångarna skulle betalas av den utdelningsbara vinsten och ha företräde framför utdelningar. Om vinsten inte räcker till betalas ingen ersättning. Denna bestämmelse överensstämmer i princip med motsvarande egenskap hos "perpetual preferred shares". Vinstandelsbevis har lägre risk, eftersom obetalda räntor förs vidare kumulativt till kommande år för betalning. Även vid passivt delägande är kumulativa betalningar i efterhand möjliga. I fallet med den särskilda Wfa-reserven omfattar risken för betalningsinställelse endast riskpremien (på grund av "likviditetsnackdelarna", se nedan), medan den för de två andra instrumenten gäller hela kupongen (riskfri avkastning plus riskmarginal). Med avseende på riskbetalningar är risken för den särskilda Wfa-reserven något lägre än för de tre andra instrumenten.

(131) I utlåtandena kommer man till slutsatsen att riskpremien för den särskilda Wfa-reserven måste vara lägre än för såväl vinstandelsbevis och passivt delägande som *"perpetual preferred shares"*. För vinstandelsbevis nämns en "historisk marginal" före skatt på 1,0-1,2 %, för passivt delägande 1,1-1,5 % och för *"perpetual preferred shares"* 1,5-2,0 % ([1]). För den särskilda Wfa-reserven beräknas för åren 1993 till 1996 en ersättning på 1,1 % ([2]). För 1992 anges ett värde på 255 % ([3]). Även synergieffekterna bör beaktas. I utlåtandena drar man slutsatsen att den ersättning som WestLB betalade 1992 var för stor och under perioden 1993-1996 var rimlig.

b) LIKVIDITETSNACKDELAR

(132) Enligt Tysklands uppfattning innebär ett tillskott av kontanta medel en ökning av kapitalbasen och en likviditetsanskaffning. De likvida medlen kan återinvesteras och ge ränteintäkter, för vilket investeraren kräver en ersättning. Överföringen av Wfa-tillgångarna ökar WestLB:s kapitalbas, men ger ingen ökad likviditet. Wfa:s kapital är bundet till stödet till bostadsbyggande. Till skillnad från vid tillförsel av kontanta medel kan WestLB inte återinvestera några likvida medel, utan måste skaffa sig likviditet på marknaden för att uppnå det resultatet. Det medför ytterligare räntekostnader. På grund av denna brist på likviditet kan delstaten, såsom det förklaras i expertutlåtandena, endast begära en ersättning som motsvarar riskpremien, dvs. skillnaden mellan den totala avkastningen på en investering och avkastningen på en motsvarande tysk statsobligation.

(133) Vidare uppges att praktiskt taget all aktiv riskbehäftad verksamhet i ett kreditinstitut kräver likviditet, t.ex. swap-, termins- och derivathandel. Endast utställande av borgensförbindelser och garantier kan bedrivas utan användning av likvida medel, men dessa transaktioner redovisas inte heller i bankens balansräkning.

(134) De refinansieringskostnader som skall beaktas bör fastställas till avkastningen på riskfria långfristiga tyska statsobligationer (med tio års löptid). I slutet av 1991 uppgick avkastningen på andrahandsmarknaden till 8,26 %. WestLB:s faktiska genomsnittliga refinansieringskostnader skall i november 1991 ha uppgått till 9,28 %.

c) KAPITALBAS FÖR BERÄKNING AV ERSÄTTNINGEN

(135) Tyskland menar att ersättningen enligt en protokollanteckning till huvudavtalet skall betalas på den del av den särskilda Wfa-reserven som årligen i genomsnitt används för att täcka WestLB:s affärsverksamhet. Den första betalningen skulle erläggas 1993. I själva verket betalar WestLB inte ersättning för den del banken använt, utan för den del som kunde ha använts, dvs. den del av den särskilda reserven som inte används för att täcka Wfa:s egen verksamhet.

([1]) Eftersom "perpetual preferred shares" inte förekommer i Tyskland, användes motsvarande uppgifter från de amerikanska och brittiska marknaderna.

([2]) Detta beror för det första på att BAKred först den 30 december 1992 godkände den särskilda reserven. Vid beräkningen utgås därför från en faktisk andel användbart kapital för WestLB på endast [...] mark ([...] euro). För det andra beror detta på att WestLB 1992 erlade en betalning på [...] mark ([...] euro) för Wfa-anställdas framtida pensionsanspråk, och detta belopp behandlas som en ersättning som WestLB detta år betalade delstaten.

([3]) Detta värde grundar sig på en ersättningsnivå på 0,6 %, en inkomstskattesats på 46 % t.o.m. 1993 och därefter 42 % samt ett solidaritetspåslag på 3,75 % 1992, 0 % 1993 och därefter 7,5 %.

(136) Det ”överskjutande kapitalbeloppet”, dvs. den del av den särskilda reserven som används för Wfa:s egen verksamhet, och de 1,9 miljarder mark (970 miljoner euro), som ingår som eget kapital i WestLB:s balansräkning, men som BAKred inte godkänt som primärt kapital, saknar ekonomiskt värde för WestLB, eftersom banken inte kan använda dessa medel för att täcka ytterligare riskbehäftad verksamhet. De 1,9 miljarder mark (970 miljoner euro) som redovisas i balansräkningen är endast en mellanskillnad som resultat av värderingen. Eftersom kreditvärderingsföretag och erfarna investerare endast fäster sig vid det godkända beloppet saknar dessa 1,9 miljarder mark (970 miljarder euro) ekonomisk betydelse för WestLB. Ingen privat investerare kan kräva någon ersättning för detta kapital på marknaden, eftersom banken alltid skulle ha möjlighet att skaffa sig eget kapital på marknaden (t.ex. som ett normalt tillskott av kontanta medel), som godkänns som primärt kapital.

(137) Tyskland förklarar att Wfa:s tillgångar och skulder årligen diskonteras på nytt för att kunna redovisas till sitt aktuella värde i WestLB:s balansräkning. Eftersom amorteringar och räntebetalningar lånas ut på nytt till låga räntor som bostadsbyggnadslån kan det förekomma att Wfa-tillgångarnas nominella värde ökar medan de diskonterade och riskjusterade värdena minskar.

d) SYNERGIEFFEKTER

(138) Enligt uppgift från den tyska regeringen förväntar sig delstaten att införlivandet av Wfa i WestLB skall ge upphov till samverkansvinster som på längre sikt beräknas till mer än 30 miljoner mark (15 miljoner euro) per år. De härrör från en förenkling av stödförfarandet, bl.a. genom avskaffande av dubbelarbete, förenklad och snabbare kommunikation och mindre behov av samordning. Efter införlivandet behöver Wfa mindre personal och behöver inte längre göra några kompensationsbetalningar för det arbete som WestLB:s avdelning för bostadsstöd tidigare utförde för Wfa:s räkning. Delstatens förväntningar hade faktiskt uppfyllts och införlivandet av Wfa i WestLB hade ur företagsekonomisk synvinkel varit det enda sättet att uppnå dessa synergieffekter. Dessutom omfattas det sätt på vilket dessa synergieffekter uppnåtts av delstatens ekonomiska beslutanderätt, som skyddas av artikel 295 i EG-fördraget.

(139) Tyskland framhåller att WestLB 1992 betalade 33 miljoner mark (17 miljoner euro) för existerande och framtida pensionsrättigheter för Wfa-anställda, vilket minskar Wfa:s framtida utgifter. Dessa betalningar avskrevs under 15 år i WestLB:s resultaträkning med ett årligt belopp på 1,6 miljoner mark (0,8 miljoner euro).

3. *SKATTEBEFRIELSE*

(140) Wfa:s befrielse från förmögenhetsskatt, näringsskatt och bolagsskatt är ett resultat av det tyska skattesystemet. Wfa och andra offentligrättsliga företag är befriade från skatt, eftersom de inte konkurrerar med skattepliktiga finansinstitut, utan används av staten för bestämda stödändamål. På grund av de belopp som sparas in genom skattebefrielsen behöver staten inte tillhandahålla så stora mängder stödmedel för Wfa:s verksamhet. WestLB betalar full skatt för alla sina intäkter (således även för de intäkter som uppkommer på de konkurrensutsatta affärsområden som täcks av det egna kapital som hänför sig till Wfa) och får inga ekonomiska fördelar av Wfa:s skattebefrielse, eftersom den inte medför en ökning av det belopp som godkänts som primärt kapital. Inte ens om skattebefrielsen skulle leda till en ökning av det godkända kapitalet skulle WestLB gynnas, eftersom banken då skulle vara tvungen att betala en rimlig ersättning för det extra beloppet.

(141) Vad gäller förmögenhets- och näringsskatterna kan en tillgång beskattas endast en gång och beskattningen sker där tillgången direkt används. Eftersom Wfa:s tillgångar är befriade från skatt i deras primära användning, dvs. som stöd till bostadsbyggande, kan de inte beskattas då de sätts in på ett annat, sekundärt område. Detta strider mot det tyska skatterättssystemet. Detsamma gäller införlivandet av en privat skattebefriad institution i en privat bank. Eftersom dessa skattebefrielser inte ger WestLB någon fördel, utgör de heller inget statligt stöd. Dessutom tas ingen närings- eller förmögenhetsskatt ut sedan 1997 respektive 1998, eftersom den tyska författningsdomstolen förklarat att de strider mot grundlagen.

4. *AVSKRIVNING AV SKULDER*

(142) Tyskland hävdar att befrielsen från ansvarsåtagande innebär att man förhindrar att delstatens fond för stöd till bostadsbyggande minskar på grund av de årligen tillkommande skulderna. Avskrivningen minskar inte delstatens tillgångar, eftersom delstaten vid eventuell likvidation av Wfa skulle få en i motsvarande grad större fond för stöd till bostadsbyggande. Eftersom de Wfa-skulder som avskrivits endast skulle ha förfallit till betalning i ett sådant likvidationsfall, ändrar befrielsen från ansvarsåtagandet inte delstatens ekonomiska ställning som helhet. I själva verket har delstaten endast avstått från en fordran på sig själv.

(143) Avskrivningen av skulder har beaktats i BAKred:s värdering av Wfa:s garantikapital, och WestLB betalar en rimlig ersättning på grundval av detta. WestLB har följaktligen inte fått någon ekonomisk fördel av upphävandet av ansvarsåtagandet.

5. *KOMMENTARER TILL SYNPUNKTERNA FRÅN BERÖRDA PARTER*

(144) Beträffande de båda bankföreningarnas synpunkter förklarar den tyska regeringen att de schablonmässiga invändningarna inte är underbyggda med fakta eller konkreta klagomål från kreditinstitut över WestLB:s verksamhet på marknaderna. Den fråga om institutionellt ansvar och garantiansvar som tas upp i ett av dessa yttranden hör inte samman med det föreliggande fallet och måste behandlas separat.

(145) Vad gäller BdB:s synpunkter, framhåller Tyskland att införlivandet av Wfa inte var någon ad hoc-lösning, utan grundade sig på långsiktiga, strategiska överväganden, särskilt med sikte på att öka Wfa:s effektivitet. I EG-domstolens rättspraxis finns det inte något fall där en statlig investering i ett ekonomiskt sunt företag med lönsam verksamhet skulle ha ansetts vara statligt stöd. Det fall som BdB hänvisar till gäller företag som gått med förlust. Eftersom WestLB gått med vinst alltsedan banken grundades, kan den marknadsekonomiska investerarprincipen inte tillämpas på detta fall. Detta stöds av EG-domstolens rättspraxis, där denna princip aldrig tillämpats på ekonomiskt sunda och lönsamma företag. En privat investerare utgår inte heller enbart från den förväntade avkastningen, utan tar även andra strategiska överväganden i betraktande. Vid undsättnings- och omstruktureringsstöd måste andra överväganden komma till användning än vid en ökning av kapitalet i ett lönsamt företag. Statliga investeringar kan inte bedömas helt enkelt utgående från frågan om en branschmässigt genomsnittlig lönsamhet uppnåtts. I annat fall skulle alla statliga investeringar i banker med lägre lönsamhet än genomsnittet vara statliga stöd, medan privata investerare samtidigt kan investera i samma företag. Investerare inriktar sig inte på det branschmässiga genomsnittet, utan på framtidsutsikterna.

(146) Bestämmelserna om statligt stöd tillåter endast en granskning av villkoren för införlivandet av Wfa-tillgångarna, inte av de särskilda egenskaperna hos dessa tillgångar, som skyddas av artikel 295 i EG-fördraget. Eftersom den särskilda karaktären hos Wfa-tillgångarna skyddas av denna artikel, kan det överförda Wfa-kapitalet inte jämföras med ett normalt tillskott av eget kapital med likviditet. Även en privaträttslig stiftelse kan användas på precis samma sätt som Wfa, utan att det påverkar syftet för användningen av intäkterna.

(147) Beträffande Wfa-kapitalets riskprofil måste man skilja mellan delstaten som ägare av WestLB och som investerare av den särskilda Wfa-reserven. Som Wfa-investerare har delstaten en mindre risk, eftersom WestLB:s ägare kommit överens om att den särskilda reserven internt skall vara ett efterställt garantikapital. Delstatens risk som Wfa-investerare är begränsad till de överförda tillgångarna och inte högre, som BdB hävdar.

(148) Tyskland hävdar att de beräkningar av avkastningen som BdB lagt fram (och som är hämtade från utlåtandet av en oberoende expert) är felaktiga och underbygger sin uppfattning med ett alternativt utlåtande, som utarbetats på uppdrag av WestLB. Enligt det sistnämnda utlåtandet är de främsta felen den felaktiga beräkningsmetoden (aritmetiskt medelvärde i stället för det geometriska, *"Compound annual growth rate"*) och hänvisningen till irrelevanta investeringsperioder. När dessa feljusteras minskar lönsamheten för privata tyska storbanker från 16,86 % före skatt till 7,0 %. De fem tyska privata banker som använts för att fastställa jämförelsevärdet kan heller inte jämföras med WestLB på grund av att de har en annan inriktning på sin affärsverksamhet. Om man gör beräkningen på grundval av jämförbara banker minskar avkastningen på eget kapital till 5,8 %. Dessutom används i BdB:s utlåtande en icke-representativ observationsperiod, 1982-1992, som omfattar två kraftiga börsuppsving. Med en kortare observationsperiod skulle avkastningstalen minska ytterligare.

(149) Tyskland tillbakavisar BdB:s argument att den bristande likviditeten inte skulle leda till refinansieringskostnader, eftersom denna likviditetsnackdel redan beaktats i diskonteringen av Wfa-tillgångarnas nominella värde. Enligt Tysklands uppfattning har denna diskontering ingenting att göra med likviditetsaspekten, utan endast med den omständigheten att Wfa-tillgångarna till största delen består av långfristiga tillgångar och skulder med låg eller ingen ränta. Tyskland förkastar även argumentet att endast ett litet avdrag på 2,7 % av avkastningen motiveras även om man räknar med refinansieringskostnader. Det expertutlåtande som BdB lagt fram i denna fråga är missriktat, eftersom man på ett otillåtet sätt blandat ihop bankens intäkter av bankverksamhet med en extern investerares intäkter. I BdB-utlåtandet utgår man även från bruttointäkter, medan man borde ha jämfört nettointäkterna. I denna fråga har den tyska regeringen lagt fram ett eget utlåtande som utarbetats av ett externt konsultföretag.

(150) Synergieffekter uppstår endast inom Wfa, inte inom WestLB, eftersom dubbelarbete och parallella förvaltningsavdelningar skulle avskaffas (överflyttning av WestLB:s tidigare avdelning för bostadsbyggande). Synergieffekter uppstår därför helt oberoende av den ekonomiska, organisatoriska och personella separationen av Wfa och WestLB. De medför att det krävs mindre kapitaltillskott från delstaten till Wfa och utgör en direkt konsekvens av överföringen av Wfa till WestLB.

(151) Skillnaden mellan redovisningen av den särskilda Wfa-reserven i balansräkningen och det belopp för tillsyn som BAKred godkänt har tydligt meddelats till tredje part. Ur fordringsägarnas synvinkel har det kapital som tillsynsmyndigheterna inte godkänt ingen garantifunktion. Eftersom endast den del som WestLB kan använda för att täcka sin bankverksamhet är av ekonomisk nytta för banken, kan delstaten inte kräva någon ersättning för det överskjutande beloppet.

(152) Avskrivningen av Wfa:s skulder har beaktats i BAKred:s värdering av Wfa-tillgångarna, och WestLB betalar en rimlig ersättning på grundval av detta. Wfa:s befrielse från dess ansvarsåtagande har inte påverkat delstatens totala ekonomiska ställning. Skattebefrielsen medför heller ingen fördel för WestLB.

V. ÖVERENSKOMMELSE MELLAN BDB, DELSTATEN NORDRHEIN-WESTFALEN OCH WESTLB

(153) Den 13 oktober 2004 meddelade den klagande BdB, delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB AG kommissionen att man hade nått en överenskommelse i fråga om stödärendet WestLB. Utan att det påverkar deras respektive uppfattning om rättsläget som i princip fortfarande gäller, har parterna kommit överens om vad de själva anser vara lämpliga parametrar för att lägga fast en rimlig avkastning. Parterna anmodar kommissionen att ta hänsyn till resultatet av denna överenskommelse när den fattar beslut i frågan.

(154) Parterna använde till att börja med "*Capital Asset Pricing Model*" (CAP-modellen) för att fastställa den förväntade minimiersättningen för en teoretisk aktieinvestering i WestLB vid den relevanta tidpunkten för införlivandet. Detta ger en rimlig årlig minimiersättning på 10,19 % för den del av Wfa-kapitalet som av BAKred erkändes som primärt kapital och som inte användes av Wfa för att täcka dess egen verksamhet för att främja bostadsbyggandet.

(155) Vid beräkningen av denna minimiersättning användes dessutom de långfristiga räntesatserna för riskfria lån som har fastställts av delstatsbanken med hjälp av Deutsche Börse AG:s REX10 Performance Index och de betafaktorer som beräknades på grundval av ett utlåtande från KPMG från den 26 maj 2004 som hade beställts av delstatsbanken. Konkret kom man fram till en riskfri grundräntesats för WestLB vid den relevanta tidpunkten för införlivandet på 7,15 %. Som betafaktor fastställdes på grundval av utlåtandet från KPMG vid den relevanta tidpunkten ett värde på 0,76. En enhetlig marknadsriskpremie fastställdes till 4 %.

(156) Den ursprungliga räntesatsen på 10,16 % (1 januari 1991) hade således räknats fram på följande sätt: Riskfri räntesats 7,15 % + (allmän marknadsriskpremie 4,0 % X betafaktor 0,76).

(157) Därefter fastställdes ett avdrag på grund av bristen på likviditet hos de bundna tillgångarna. För detta ändamål utgick man från den ovannämnda riskfria räntesatsen på 7,15 % schablonmässigt som bruttokostnad för refinansiering. För att få fram den gängse avgörande kostnaden för refinansiering användes WestLB:s stora skattebörda vid tidpunkten för införlivandet, schablonmässigt fastställd till 50 %, vilket gav ett avdrag på 3,57 %.

(158) Slutligen har man lagt till 0,3 % på grund av att man inte har medgivit rösträtt.

(159) Sammanlagt har man på detta sätt fått fram en rimlig ersättningsnivå för de bundna tillgångarna på 6,92 % (efter skatt) för den del av Wfa-kapitalet som av BAKred erkändes som primärt kapital och som inte användes av Wfa för att täcka dess egen verksamhet för att främja bostadsbyggandet.

(160) Parterna är överens om att stödinslagen i samband med införlivandet av Wfa upphörde i och med att den nya organisationen med moderbolag och dotterbolag infördes den 1 januari 2002.

VI. BEDÖMNING AV ÅTGÄRDEN

(161) För att bedöma åtgärden enligt EG-fördragets regler om statligt stöd måste man först undersöka om åtgärden är ett statligt stöd i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

1. *STATLIGA MEDEL OCH GYNNANDE AV ETT VISST FÖRETAG*

(162) Wfa var en offentligrättslig institution med delstaten Nordrhein-Westfalen som enda ägare och med uppgift att stödja bostadsbyggandet genom att ge lån till låg eller ingen ränta. Delstaten garanterade Wfa:s samtliga skulder enligt sitt institutionella ansvar och garantiansvar. Wfa:s viktigaste finansieringskälla, fonden för stöd till bostadsbyggande, bildades genom årliga tillskott av medel ur delstatens budget och ränteintäkter av bostadsbyggnadslånen.

(163) Om statliga tillgångar av detta slag med affärsmässigt värde överförs till ett företag utan tillräcklig ersättning, är det uppenbart att det är fråga om statliga medel i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

(164) För att undersöka om överföringen av statliga medel till ett företag i offentlig ägo gynnar detta företag och följaktligen kan utgöra statligt stöd enligt artikel 87.1 i EG-fördraget tillämpar kommissionen den marknadsekonomiska investerarprincipen. EG-domstolen har i en rad domar godtagit (och vidareutvecklat) denna princip. Bedömningen enligt denna princip görs i punkt 3. Om det är fråga om ett statligt stöd gynnas entydigt WestLB, dvs. ett företag i den mening som avses i artikel 87.1 i EG-fördraget.

2. *SNEDVRIDNING AV KONKURRENSEN OCH PÅVERKAN PÅ HANDELN MELLAN MEDLEMSSTATER*

(165) Genom avregleringen av finansiella tjänster och integrationen av de finansiella marknaderna har banksektorn inom gemenskapen blivit allt känsligare för snedvridningar av konkurrensen. Denna utveckling har skärpts ytterligare genom den ekonomiska och monetära unionen, som innebär att de återstående konkurrenshindren på marknaderna för finansiella tjänster avskaffas.

(166) Enligt bankens årsrapport för 1997 uppfattar sig WestLB som en universell bank med internationell verksamhet,

som centralbank för sparbankerna och som bank för delstaten och kommunerna. Banken beskriver sig själv som en europeisk bankkoncern för stora kunder med verksamhet i de viktigaste finansiella och ekonomiska centrumen i världen. Tyngdpunkten för dess utlandsnärvaro ligger i Europa, där banken har dotterföretag, filialer och representationskontor i alla viktiga länder. Globalt är WestLB-koncernen representerad med egna kontor i mer än 35 länder.

(167) Trots sitt namn, sina traditioner och sina lagstadgade uppgifter är WestLB ingalunda någon lokal eller regional bank. Dess närvaro i Europa och på de internationella marknaderna har redan beskrivits i avsnitt II punkt 1. Utlandsverksamheten bidrog 1997 med 48 % av de icke-konsoliderade intäkterna. Såsom framgår av årsrapporten för 1997 härrör bankens tillväxt under detta år framför allt från utvidgningen av utlandsverksamheten.

(168) Detta visar entydigt att WestLB erbjuder banktjänster i konkurrens med andra europeiska banker såväl utanför som inom Tyskland – eftersom banker från andra europeiska länder är verksamma i Tyskland. Detta bekräftas av yttrandena från bankföreningarna i två medlemsstater. Därmed är det fastställt att stöd till WestLB snedvrider konkurrensen och påverkar handeln mellan medlemsstater.

(169) Det bör även påpekas att det finns ett mycket nära samband mellan ett kreditinstituts eget kapital och dess bankverksamhet. En bank kan endast arbeta och utvidga sina affärsmässiga verksamheter om den har en tillräcklig mängd godkänt eget kapital. Eftersom den statliga åtgärden försåg WestLB med sådant eget kapital för kapitaltäckning påverkade den direkt bankens affärsmöjligheter.

3. *PRINCIPEN OM DEN PRIVATA INVESTERAREN I EN MARKNADSEKONOMI*

(170) För att bedöma om en finansiell åtgärd som vidtas av en offentlig ägare till förmån för ett företag innehåller inslag av statligt stöd tillämpar kommissionen den marknadsekonomiska investerarprincipen. Denna princip har tillämpats av kommissionen i många fall och den har godkänts och vidareutvecklats av domstolen i ett flertal domar ([1]). Den gör det möjligt för kommissionen att beakta de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall, exempelvis ett holdingbolags eller en koncerns strategier, eller att skilja mellan en investerares intressen på kort och på lång sikt. Den marknadsekonomiska investerarprincipen tillämpas även i det föreliggande fallet.

([1]) Se t.ex. domarna i mål C-303/88, Italien mot kommissionen, Rec. 1991, I-1433, och i mål C-305/89, Italien mot kommissionen, Rec. 1991, I-1603.

(171) Enligt denna princip skall det inte bedömas som ett statligt stöd då kapital tillhandahålls på villkor ”som en privat investerare, som verkar under normala marknadsvillkor, skulle godta för att tillföra medel till ett privat företag” ([2]). I synnerhet skall en finansiell åtgärd anses vara oacceptabel för en investerare som agerar enligt den marknadsekonomiska investerarprincipen om företagets ekonomiska läge är sådant att en normal avkastning (i form av utdelningar eller värdetillväxt) inte kan förväntas inom en rimlig tid ([3]).

(172) Naturligtvis måste kommissionen grunda sin bedömning av ett fall på de uppgifter som investeraren hade tillgång till då han fattade sitt beslut om den ifrågavarande finansiella åtgärden. Överföringen av Wfa beslutades 1991 av de behöriga offentliga myndigheterna. Således skall kommissionen bedöma transaktionen på grundval av de uppgifter som stod till förfogande vid den tiden och de dåvarande ekonomiska och marknadsmässiga förhållandena. De uppgifter i detta beslut som hänför sig till senare år används endast för att visa följderna av överföringen på WestLB:s situation och inte för att i efterhand berättiga eller ifrågasätta transaktionen.

(173) Tyskland har påmint kommissionen om att vid prövningen av ärendet endast utgå från de förhållanden som rådde då beslutet om överföringen fattades, dvs. i slutet av 1991, och att inte beakta den senare utvecklingen. Detta skulle kunna betyda att kommissionen varken kan beakta att endast 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) i stället för det begärda beloppet på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) godkänts av BAKred eller att man 1993 avtalade om en ersättning på 0,6 %. Vid tiden för överföringen fastställdes inte ersättningens storlek, trots att delstaten och WestLB var ense om värdet av Wfa på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro). Kommissionen anser det därför motiverat att vid bedömningen även beakta förhållandena vid den tid då man slutligen fastställde ersättningens storlek.

(174) Kommissionen delar inte Tysklands och WestLB:s åsikt att den marknadsekonomiska investerarprincipen inte kan tillämpas på ett ekonomiskt sunt och lönsamt företag och att detta skulle framgå av EG-domstolens rättspraxis. Det faktum att principen hittills i huvudsak tillämpats på företag som är i svårigheter begränsar inte dess tillämpning till denna kategori av företag.

(175) Omstruktureringsstöd till företag får endast beviljas om en omstruktureringsplan leder till att företagets livsduglighet återställs, dvs. till en ”normal” avkastning som gör det möjligt för det företag som fått stöd att fortleva av egen

([2]) Kommissionens meddelande till medlemsstaterna om tillämpningen av artiklarna 92 och 93 i EG-fördraget och artikel 5 i kommissionens direktiv 80/723/EEG om offentliga företag inom tillverkningssektorn, EGT C 307, 13.11.1993, s. 3, punkt 11. Visserligen gäller detta meddelande uttryckligen tillverkningsindustrin, men principen gäller utan tvivel på samma sätt alla andra branscher. Beträffande finansiella tjänster har detta bekräftats i en rad beslut av kommissionen, t.ex. i ärendena Crédit Lyonnais (EGT L 221, 8.8.1998, s. 28) och GAN (EGT L 78, 16.3.1998, s. 1).

([3]) Offentligt ägande i företag – kommissionens ståndpunkt Bulletin EG 9 – 1984, s. 93 f.

kraft, eftersom denna ”marknadsmässiga” avkastning är godtagbar enligt den marknadsekonomiska investerarprincipen. I de fall där domstolen har varit involverad i liknande beslut har den aldrig ifrågasatt att kommissionen inte bara har krävt kostnadstäckning eller en symbolisk avkastning utan en fullständigt ”marknadsmässig” avkastning.

(176) Det finns ingen regel som säger att det faktum att ett företag går med vinst på förhand utesluter möjligheten att ett kapitaltillskott innehåller statligt stöd. Till och med om ett företag går med vinst kan en privat investerare i en marknadsekonomi avstå från att tillföra (ytterligare) kapital om han inte kan räkna med en rimlig avkastning (i form av utdelningar eller värdetillväxt) på det investerade kapitalet. Om företaget vid tiden för investeringen inte ger den förväntade rimliga avkastningen skulle en privat investerare i en marknadsekonomi kräva åtgärder för att öka avkastningen. Därför är den marknadsekonomiska investerarprincipen tillämpbar på samma sätt på alla offentliga företag och det oberoende av om de går med vinst eller förlust.

(177) Den sannolika kapitalavkastningens rimlighet beror i sin tur på vad en privat investerare i en marknadsekonomi kan förvänta sig av jämförbara investeringar med jämförbar risk. Det är uppenbart att ett företag med kontinuerligt svaga resultat och utan tecken på en vändning inte är överlevnadsdugligt på lång sikt. Nya investerare skulle avvisa en begäran av företaget om ytterligare kapital och befintliga investerare till slut skulle dra sig ur – och i nödfall även acceptera förluster – för att placera sitt kapital mer lönsamt. Följaktligen har kommissionen i ett meddelande till medlemsstaterna om tillämpningen av reglerna om statligt stöd på offentligt ägda företag angett att den, då den jämför det statliga agerandet med en privat investerare i en marknadsekonomi, kommer att värdera ett företags ekonomiska läge vid den tidpunkt då tillskottet av kapital planeras, ”särskilt i sådana fall där företaget inte går med förlust” ([1]).

(178) Dessutom bör man komma ihåg att ”ekonomiskt sunda och lönsamma företag” inte är detsamma som företag som inte går med förlust. Ett företag som uppvisar endast en liten vinst eller varken vinst eller förlust kan faktiskt inte anses vara ekonomiskt sunt och lönsamt. Det är visserligen svårt att fastställa den ”genomsnittliga lönsamheten”, eftersom den beror på en rad faktorer, t.ex. risken i den bransch där företaget verkar. Företag som under en viss tidsperiod har en vinst som är lägre än i företag med jämförbar riskstruktur skulle dock, som redan nämnts, på lång sikt trängas ut från marknaden. Den ståndpunkt som Tyskland och WestLB företräder skulle leda till en situation där staten utan hänsyn till reglerna i EG-fördraget om statligt stöd till företag kunde investera i företag som har en årlig vinst på 1 euro.

([1]) EGT C 307, 13.11.1993, s. 3, se punkt 37.

(179) Det är inte kommissionens uppgift att systematiskt inleda förfaranden så snart offentliga företag uppvisar en lönsamhet som ligger under genomsnittet. Även privata företag har emellanåt en lönsamhet som är lägre än genomsnittet (det ligger i medelvärdets logik att det förekommer avvikelser i båda riktningar). Ett normalt företag på marknaden skulle dock i ett sådant fall eftersträva ökad lönsamhet och genomföra omstruktureringsåtgärder och andra åtgärder för att läget inte skulle bli permanent. Investerarna på marknaden förväntar sig att lämpliga åtgärder vidtas i detta avseende.

(180) Dessutom bör man, som tidigare nämnts, skilja mellan befintliga och nya investeringar, eftersom utgångspunkterna – men inte grundprinciperna – för investeringsbesluten skiljer sig åt. Då det är fråga om en befintlig investering kan investeraren snarare vara beredd att acceptera en lägre (eller till och med en negativ) avkastning om han räknar med att läget kommer att förbättras Säkerligen kunde en investerare även öka sin investering i ett företag med låg lönsamhet, men om han inte på lång sikt väntade sig en förbättring av läget och en rimlig avkastning skulle han avstå från detta. Om han å andra sidan förväntar sig att kombinationen av risk och avkastning utfaller sämre än i jämförbara företag skulle han överväga att avveckla sin investering. Om det är fråga om en nyinvestering kommer investeraren eventuellt att redan från början vara mindre villig att acceptera en lägre lönsamhet ([2]). Men som redan sagts är principerna desamma i alla beslutssituationer: Den förväntade avkastningen på investeringen på lång sikt (med beaktande av risker och andra faktorer) måste vara minst lika hög som avkastningen på jämförbara investeringar. Om så inte är fallet kommer företaget inte att kunna skaffa fram de medel det behöver och är därmed inte överlevnadsdugligt på lång sikt.

(181) Enligt WestLB:s uppfattning kan frågan om banken under åren före överföringen haft genomsnittliga vinster i princip lämnas obesvarad, om en rimlig ersättning avtalas och om lönsamheten tycks vara tillräcklig för att täcka ersättningen på lång sikt. Denna uppfattning kan man i princip instämma i. Man bör dock även betänka att den långfristiga livsdugligheten är beroende av att företaget uppnår en genomsnittlig avkastning på sitt egna kapital.

(182) Med avseende på en marknadsmässig investerares sannolika agerande är det oväsentligt att också andra banker varit tvungna att skaffa sig mera kapital på grund av de strängare bestämmelserna i kapitaltäckningsdirektivet. Direktivet förpliktar inte bankerna att skaffa mer kapital. I det fastställs endast en minimikvot mellan kapital och riskjusterade tillgångar, dvs. ett rättsligt antagande om vad som krävs för att en bank skall vara livsduglig. Det innebär

([2]) Det kan inte hävdas att det på marknaden endast förekommer investeringar i lönsamma företag. Investeringar med hög risk, t.ex. i företag med innovativ eller ny teknik, är vanliga. Men också i dessa fall placerar investeraren sitt kapital i enlighet med sina förväntningar, dvs. om initialförlusterna och riskerna uppvägs av höga vinster längre fram. Också vid sådana investeringar är den förväntade avkastningen på lång sikt avgörande.

att en privat investerare i en marknadsekonomi eventuellt skulle ha instruerat sin bank att ändra sin riskstruktur för att uppfylla de nya kapitaltäckningsbestämmelserna, i stället för att öka bankens kapital. På så sätt skulle bankens affärsvolym omedelbart minskas och dess närvaro på marknaden därigenom gå tillbaka.

(183) Om en offentlig ägare beslutar att det är rimligt att ge banken ett kapitaltillskott för att den skall kunna uppfylla kraven på eget kapital, ställer sig frågan om de särskilda omständigheter under vilka kapitalet tillhandahålls skulle vara godtagbara enligt den marknadsekonomiska investerarprincipen. Om det krävs ett kapitaltillskott för att uppfylla kapitaltäckningskraven kunde en privat investerare i en marknadsekonomi vara villig att göra så för att bevara värdet av redan gjorda investeringar. Han skulle dock yrka på en rimlig avkastning på det nya kapitaltillskottet. Sannolikt skulle en privat investerare i en marknadsekonomi förvänta sig en högre avkastning på en kapitalinvestering i en bank som förbrukat sina kapitalreserver och är i trängande behov av nytt kapital, eftersom denna omständighet innebär en större risk för honom.

(184) I ljuset av den marknadsekonomiska investerarprincipen är kärnfrågan om en sådan investerare skulle ha ställt ett kapital med samma särskilda egenskaper som Wfa-tillgångarna till förfogande för WestLB på samma villkor, särskilt med avseende på den sannolika avkastningen på investeringen. I det följande skall den frågan undersökas.

a) ARTIKEL 295 I EG-FÖRDRAGET

(185) Enligt Tysklands uppfattning behövde delstaten Nordrhein-Westfalen inte överväga en privatisering av WestLB för att förstärka bankens kapitalbas, även om delstaten i princip fritt kunde besluta att överföra Wfa till WestLB för att uppnå samverkansvinster och enligt gemenskapsrätten inte var skyldig att överväga en överföring av Wfa till ett privat kreditinstitut. Denna ståndpunkt kan man instämma i. Tyskland förklarar vidare att Wfa:s uppgift är av allmänt ekonomiskt intresse och att Wfa därför enligt artikel 295 inte skall övervakas av kommissionen.

(186) Så länge offentliga institutioner uteslutande genomför offentliga uppgifter och inte konkurrerar med affärsmässiga företag kan konkurrensreglerna inte tillämpas på dem. Om konkurrensen påverkas förhåller sig saken dock annorlunda. Artikel 86.2 i EG-fördraget syftar till att hantera situationer där det kan vara nödvändigt att avvika från konkurrensreglerna för att säkerställa att tjänster av allmänt ekonomiskt intresse tillhandahålls. Artikel 86.2 i EG-fördraget behandlas i avsnitt V punkt 6. Å andra sidan berör fördraget enligt artikel 295 inte de olika medlemsstaternas egendomsordning. Men det rättfärdigar inte att konkurrensreglerna i fördraget överträds.

(187) De tyska myndigheterna och WestLB hävdar att Wfa-tillgångarna på grund av syftet med dem enligt lagen om stöd till bostadsbyggande inte kan användas lönsamt på något annat sätt än genom att de införlivas i en liknande offentligrättslig institution. Därför innebar överföringen den affärsmässigt mest rationella användningen av dessa tillgångar. Därmed skulle vilken ersättning som helst för överföringen, dvs. all ytterligare avkastning på Wfa-kapitalet, vara tillräcklig för att motivera överföringen av tillgångarna enligt den marknadsekonomiska investerarprincipen. Argumentationen är ohållbar. Det kan stämma att införlivandet av Wfa i WestLB och den möjlighet det gav WestLB att använda en del av Wfa-kapitalet för att förstärka sin kapitaltäckningsgrad var den ekonomiskt mest rationella användningen av tillgångarna. Medlemsstaterna är i sin fulla rätt att anslå offentliga medel till offentliga, suveräna ändamål och att för detta inte kräva någon alls eller endast en liten avkastning. Kommissionen ifrågasätter inte medlemsstaternas rätt att bilda särskilda fonder för att klara av uppgifter av allmänt ekonomiskt intresse. Men så snart offentliga medel och andra tillgångar används för affärsmässiga, konkurrensutsatta verksamheter, skall de marknadsmässiga reglerna tillämpas. Det betyder att staten då den beslutar att (även) affärsmässigt utnyttja tillgångar som är avsedda för offentliga ändamål bör kräva en marknadsmässig ersättning för detta.

b) ÅTGÄRDENS SÄRSKILDA KARAKTÄR

(188) Genom att välja den överföring som beskrivits för att möta behovet av ytterligare primärt kapital för WestLB, bestämde sig delstatsmyndigheterna för en metod med mycket speciella särdrag för att öka kapitalet. Grundidén var att slå samman ett allmännyttigt kreditinstitut, som har en särskild uppgift (Wfa), med en normal affärsbank, som verkar i en konkurrensutsatt miljö, för att använda överskottskapitalet (enligt kapitaltäckningsbestämmelserna) i det allmännyttiga institutet för det konkurrensutsatta institutets syften. Samtidigt förblev de överförda tillgångarna bundna till sitt ursprungliga ändamål. Följaktligen valde man lösningen med en ”institution inom en institution” där Wfa-tillgångarna bildar ett självständigt och ”slutet” kretslopp genom att de överskott som Wfa uppnår endast tillräknas Wfa och stannar kvar inom Wfa.

(189) Kommissionen känner inte till några precedensfall där en kapitalökning genomförs genom en sådan ”ofullständig sammanslagning”, i den mån det kunde vara relevant ur stödrättslig synvinkel. Enligt kommissionens uppfattning måste man dock, då en medlemsstat bestämmer sig för en konstruktion av det slag som här föreligger, göra en grundlig undersökning av hur den finansiellt och ekonomiskt påverkar den konkurrensutsatta delen av institutionen. Endast på så sätt kan man förhindra att ogenomskinliga konstruktioner tillgrips för att kringgå EG-fördragets regler om statligt stöd. Man måste bedöma i vilken utsträckning införlivandet, trots att skilda kretslopp upprättas, ger den konkurrensutsatta delen av företaget ekonomiska fördelar.

(190) Här bör det framhållas att det komplicerade fallet och frånvaron av direkt jämförbara transaktioner på den fria marknaden gör denna bedömning ganska svår. Därför har kommissionen ägnat avsevärd tid åt att samla uppgifter och

analysera fallet. Dessutom har kommissionen gett en extern sakkunnig i uppdrag att ge ett utlåtande om transaktionen och om den ersättningsnivå som kan anses vara marknadsmässig. På grundval av alla tillgängliga uppgifter och först efter noggrann granskning har kommissionen till slut dragit sina slutsatser och kommit fram till det föreliggande beslutet.

c) INGEN ÄNDRING AV ÄGARSTRUKTUREN

(191) Om en privat investerare i en marknadsekonomi tillför en bank eget kapital kräver han en rimlig del av bankens vinst. Ett sätt att säkerställa detta är en motsvarande ändring av ägarförhållandena. På det sättet kan investeraren i rimlig utsträckning få del av bankens utdelningar och av en eventuell öppen eller dold värdeökning som följd av den bättre intjäningsförmågan. Ett sätt att garantera en rimlig avkastning på det tillhandahållna kapitalet skulle därför ha varit att i motsvarande grad öka delstatens andel av WestLB, i den mån bankens totala lönsamhet motsvarar den normala avkastning som en privat investerare i en marknadsekonomi förväntar sig av sin investering. Då skulle det varit onödigt att diskutera om ersättningen på 0,6 % är rimlig. Delstaten beslutade sig dock inte för att förfara på detta sätt.

(192) Enligt de tyska myndigheterna var det omöjligt att omfördela aktierna i WestLB på grund av transaktionens särskilda karaktär, framför allt på grund av planen med det slutna kretsloppet och delstatens (endast internt giltiga) prioriterade rätt till Wfa-nettotillgångarna i fall WestLB skulle likvideras som bankens ägare avtalat om.

(193) I detta fall borde dock delstaten i enlighet med den marknadsekonomiska investerarprincipen ha krävt en rimlig ersättning för överföringen av kapitalet. Om däremot delstaten avstår från en marknadsmässig ersättning, agerar den inte som en privat investerare i en marknadsekonomi och beviljar WestLB en fördel som utgör statligt stöd.

d) DET KAPITAL SOM SKALL LÄGGAS TILL GRUND FÖR BERÄKNING AV ERSÄTTNINGEN

(194) Enligt Tysklands och WestLB:s uppfattning är det endast den del av det godkända primära kapitalet som WestLB kan använda för att täcka sin affärsmässiga verksamhet som har ekonomiskt värde för banken. Därför kan delstaten kräva ersättning endast för denna del. BdB hävdar att det totala beloppet på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) är riskbärande och att ersättning därför bör betalas för detta belopp. Ersättningens storlek bör vara olika för det godkända primära kapitalet på 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) och restbeloppet på 1,9 miljarder mark (970 miljoner euro).

(195) Kommissionens rådgivare grundar sin bedömning på antagandet att Wfa:s värde vid tiden för överföringen av tillgångarna uppskattades till 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) och att en privat investerare i en marknadsekonomi därför i princip skulle begära ersättning för detta belopp, oberoende av den senare utvecklingen, såsom BAKred:s godkännande av kapitalet (eller endast en del av det) som primärt kapital. Avgörande för fastställandet av ersättningen för en kapitalinvestering är endast de förhållanden som rådde då beslutet om investeringen fattades, inte några senare skeenden. Kommissionens rådgivare medger dock att transaktionen skulle ha utvecklats annorlunda om den skett under marknadsmässiga förhållanden.

(196) Enligt kommissionens uppfattning kan ordningsföljden för de olika stegen i överföringen faktiskt peka på en lika hög ersättning för hela det kapital som redovisas i WestLB:s balansräkning. Först beslutade man om och genomförde överföringen, sedan bads BAKred att godkänna den särskilda Wfa-reserven som primärt kapital och ersättningen fastställdes inte förrän nästan två år efter beslutet om överföringen. Under marknadsmässiga förhållanden skulle dock ingen bank ha gått med på att taga upp Wfa med 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) i sin balansräkning och betala en enhetlig ersättning för detta belopp utan att först ta reda på om tillsynsmyndigheterna skulle godkänna beloppet som primärt kapital. Såsom även kommissionens externa sakkunniga framhåller skulle en rationellt handlande investerare helt visst inte ha agerat på detta sätt, dvs. samtycke till ett betydande kapitaltillskott utan att på förhand avtala om en lämplig metod för att fastställa ersättningen. Enligt kommissionens uppfattning kan dock händelseföljden förklaras av de särskilda omständigheterna i detta fall. Delstaten hade långsiktiga finansiella relationer med banken och var huvudägare i den. Det fanns endast ett litet antal ägare (alla offentliga), vilket i praktiken betyder att det krävs mindre öppenhet och insyn än då det är fråga om ett företag som har ett stort antal (”utomstående”) ägare eller är börsnoterat. På grund av dessa särskilda omständigheter kunde man besluta om överföringen av tillgångarna och fastställa den slutgiltiga ersättningen först då det stod klart i vilken mån Wfa-tillgångarna faktiskt var användbara för konkurrensutsatt bankverksamhet.

(197) För att fastställa en rimlig ersättning bör man skilja mellan de olika delarna av den särskilda Wfa-reserven i enlighet med deras respektive nytta för WestLB. 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) uppfördes som eget kapital i WestLB:s balansräkning. 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) godkändes av BAKred som primärt kapital. Endast 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro) av dessa medel står till förfogande för WestLB för utvidgning av verksamheten, och bör utgöra den primära grunden för ersättningen till delstaten. Det resterande godkända primära kapitalet till ett belopp av 1,5 miljarder mark (770 miljoner euro) redovisas i balansräkningen, men behövs för att täcka Wfa:s stöd till bostadsbyggande. Ett belopp på 1,9 miljarder mark (970 miljoner euro) ingår i balansräkningen men är inte godkänt som eget kapital för kapitaltäckningsändamål. Följaktligen uppgår det belopp som redovisas i WestLB:s balansräkning, men inte kan användas för att utvidga de konkurrensutsatta verksamhetsområdena, till 3,4 miljarder mark (1,74 miljoner euro).

(198) Men eget kapital är inte betydelsefullt endast i fråga om tillsyn. Storleken på det egna kapital som redovisas i balansräkningen ger bankens investerare även upplysningar om dess soliditet och påverkar på så sätt de villkor på vilka banken kan skaffa sig lån utifrån. Tvärtemot Tysklands och WestLB:s argumentation beaktar fordringsägare och kreditvärderingsföretag inte endast den godkända kapitalbasen, utan bankens totala ekonomiska och finansiella läge. Den godkända kapitalbasen utgör endast en del av den analys med vars hjälp bankens kreditvärdighet bedöms. Beloppet på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) fastställdes av delstaten och WestLB som det sannolika värde som skulle kunna uppnås vid en eventuell försäljning av Wfa till tredje part. Om denna metod inte hade varit rimlig skulle WestLB:s revisorer inte ha gått med på att beloppet kvarstod i balansräkningen. Det belopp på 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) som BAKred godkänt är resultatet av tillsynsmyndighetens mycket försiktiga värdering. Det bör påpekas att även i den värdering som utförts för BAKred:s räkning anges en marginal på 4-5,4 miljarder mark (2,05-2,76 miljarder euro). Därför uppfattar en potentiell fordringsägare hela beloppet på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro) som säkerhet för sina pengar, vilket förbättrar WestLB:s kreditvärdighet. Denna positiva effekt på bankens kreditvärdighet av överföringen av tillgångarna konstaterades också i den värdering av Wfa som 1992 utfördes för WestLB:s räkning. Eftersom beloppet på 3,4 miljarder mark (1,74 miljarder euro) inte kan användas för att utvidga affärsverksamheten, men ändå förbättrar bankens anseende i fordringsägarnas ögon, kan dess ekonomiska funktion – även om det i balansräkningen redovisas som eget kapital – i detta avseende åtminstone jämföras med en garanti.

(199) Då följaktligen även beloppet på 3,4 miljarder mark (1,74 miljarder euro) är av ekonomisk nytta för WestLB, skulle en privat investerare i en marknadsekonomi ha krävt ersättning för det. Storleken på denna ersättning är säkerligen mindre än för den del på 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro) som är till större nytta för WestLB, eftersom den enligt kapitaltäckningsbestämmelserna även kan användas som kapitalbas för att utvidga bankens konkurrensutsatta verksamhet.

e) RIMLIG ERSÄTTNING FÖR KAPITALET

(200) Finansiella placeringar av varierande ekonomisk kvalitet kräver varierande avkastning. Vid undersökningen av om en placering är godtagbar för en investerare som agerar på normala marknadsmässiga villkor, måste man därför utgå från den särskilda ekonomiska karaktären hos den ifrågavarande kapitalåtgärden och värdet av det kapital som ställts till WestLB:s förfogande.

(201) Den klagande hävdade ursprungligen att den ifrågavarande transaktionen är en statlig garanti från delstaten Nordrhein-Westfalens sida för WestLB:s skulder. WestLB redovisar dock det överförda kapitalet som eget kapital i sin balansräkning, och BAKred har godkänt ett belopp på 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) som primärt kapital enligt kapitalbasdirektivet, varav WestLB kan använda 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro) för att täcka sin konkurrensutsatta verksamhet. En konsekvent bedömning av kapitalåtgärden enligt artikel 87.1 i EG-fördraget förutsätter därför att åtgärden i princip klassificeras som ett kapitaltillskott och att en motsvarande ersättning krävs. En och samma kapitalåtgärd kan inte ur tillsynsmässig synvinkel ses som en kapitalökning och enligt EG-fördragets regler om statligt stöd som en garanti. Denna principiella klassificering utesluter dock inte att kommissionen jämför en del av detta kapitalbelopp, som WestLB inte kan använda på samma sätt som ”normalt” eget kapital på grund av dess särskilda karaktär, och för att beräkna en rimlig ersättning, med en garanti.

i) ***Jämförelse med andra kapitalinstrument***

(202) Tyskland hävdar att eftersom en direkt jämförelse med andra transaktioner inte är möjlig bör den rimliga ersättningen för det kapital som ställts till förfogande fastställas genom att överföringen av tillgångar jämförs med olika instrument för eget kapital som finns på marknaderna. För detta ändamål har Tyskland lagt fram ett externt utlåtande, vars resultat redovisats ovan, och där man drar slutsatsen att Wfa-kapitalet bäst kan jämföras med vinstandelsbevis, ”*perpetual preferred shares*” och passivt delägande.

(203) Enligt kommissionens uppfattning är det emellertid på grund av transaktionens särskilda karaktär svårt att jämföra införlivandet av Wfa i WestLB med något av de instrument som vid den aktuella tidpunkten förekom på marknaderna. Transaktionen kan visserligen i några avseenden förete likheter med vissa instrument, men varje instrument innehåller så många olika aspekter att en jämförelse bara kan ha begränsad giltighet. De expertutlåtanden som Tyskland har lagt fram är dessutom inte fullständiga, eftersom en del relevanta instrument har lämnats obeaktade, som exempelvis aktier utan rösträtt.

(204) Man bör beakta att de instrument som Tyskland tar upp till jämförelse i regel endast står för en mycket begränsad del av en banks anskaffning av eget kapital. De är kompletterande instrument, som kompletterar det primära kapitalet, som i huvudsak består av grundkapital och disponibla reserver. Genom överföringen av Wfa-tillgångarna ökades däremot WestLB:s kapitalbas för kapitaltäckningsändamål från 5,09 miljarder mark (2,6 miljarder euro) till 9,09 miljarder mark (4,65 miljarder euro), dvs. med 80 %. Om man endast betraktar ökningen med 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro), som WestLB kan använda för att täcka sin affärsverksamhet, innebär detta ändå en ökning av kapitalbasen med 50 %. Hybridinstrument anskaffades vid den aktuella tidpunkten vanligtvis till en andel av högst 20 %. Med ett av de instrument som jämförs skulle det inte varit möjligt att på samma sätt – och permanent – öka WestLB:s kapital ([1]).

([1]) Denna aspekt framhålls även av kommissionens externa sakkunniga, som kritiserar Tysklands utlåtanden för att de avhåller sig från alla hänvisningar till transaktionens storlek och jämför den med (volymmässigt) marginella instrument. Wfa-kapitalet bör snarare jämföras med instrument för primärt kapital som aktier utan rösträtt.

(205) Det bör även påpekas att även kreditvärderingsföretagen ägnat sig åt ett slags ”frivillig återhållsamhet” beträffande andelen egna medel härrörande från dessa instrument, genom att de hållit denna andel under noggrann uppsikt.

(206) I detta sammanhang bör man framhålla att det relativt breda utbudet av hybridinstrument för eget kapital av primär och supplementär kvalitet, som kreditinstituten numera har tillgång till i flera länder, ännu inte existerade i Tyskland då överföringen av Wfa till WestLB beslutades 1991 och 1993 då WestLB blev tvunget att uppfylla de strängare kapitaltäckningskrav som då trädde i kraft. En del av dessa instrument har utvecklats först efter denna tid, andra fanns redan men var inte godkända i Tyskland. De instrument som i praktiken huvudsakligen fanns att tillgå och användes var vinstandelsbevis och efterställda lån (vilka båda är supplementärt kapital, det senare godkänt först från och med 1993). Följaktligen haltar jämförelsen av Wfa-kapitalet med sådana hybridinstrument, som till största delen utvecklades först senare och delvis endast stod till förfogande i andra länder. Även Tyskland självt förkastar (indirekt) en sådan jämförelse genom att hävda att kommissionen måste bedöma fallet på grundval av de förhållanden som rådde vid tiden för beslutet i slutet av 1991.

(207) I Tysklands utlåtanden hävdas att en konkurs för WestLB är så osannolik att denna risk i praktiken kan lämnas obeaktad. Om denna argumentation tolkas bokstavligen, skulle det betyda att en investerare inte skulle få kräva någon rikspremie utöver avkastningen på riskfria statsobligationer för en investering i ett företag som uppfattas som säkert. Detta överensstämmer förvisso inte med förhållandena på marknaden. Även om konkursrisken för en viss finansiell placering kan vara mycket liten, beaktas den ändå av en privat investerare i en marknadsekonomi. Han kommer att kräva ett märkbart påslag för sådana investeringar i banker, liksom i fråga om andra ”säkra” deläganden.

(208) Beträffande de båda instrument för eget kapital, som spelar en central roll som närmaste referensobjekt i Tysklands jämförelse, nämligen ”*perpetual preferred shares*” och vinstandelsbevis, bör några specifika punkter framhållas. ”*Perpetual preferred shares*” räknas i en del länder som primärt kapital, men godkänns liksom tidigare inte som sådana i Tyskland. Vinstandelsbevis räknas endast som supplementärt kapital, medan Wfa-kapitalet är primärt kapital. Därför är Wfa-kapitalet av mycket större nytta för WestLB, eftersom banken med det kan skaffa sig supplementärt kapital (t.ex. vinstandelsbevis) till samma belopp och på så sätt utvidga sin kapitalbas. Dessutom skulle först vinstandelsbevisen och därefter Wfa-kapitalet återställas till sina nominella värden om förlustår skulle följas av vinstgivande år. Vidare står Wfa-kapitalet till WestLB:s förfogande utan någon begränsning i tiden, medan vinstandelsbevis vanligtvis emitteras på tio år. Dessutom måste återigen påpekas att kapitaltillskottets enorma storlek är atypisk och ordningsföljden vid eventuella förluster måste sättas i samband med detta. Eftersom Wfa-tillgångarnas andel är relativt stor, kommer de att tas i bruk relativt snabbt om stora förluster uppstår.

(209) Av alla dessa skäl anser kommissionen att den jämförelse med hybridinstrument för eget kapital som Tyskland gör gällande på grund av Wfa-kapitalets särskilda egenskaper inte är lämplig som grund för att bestämma värdet av en rimlig ersättning för Wfa-kapitalet ([1]).

(210) Beträffande förhållandet mellan Wfa-kapitalet och de andra instrumenten för eget kapital hävdar BdB att överenskommelsen mellan WestLB:s ägare om efterställdhet i huvudavtalet är ogiltig, eftersom den skadar tredje man genom att man avtalat om att den särskilda Wfa-reserven – vid eventuella förluster för WestLB – får användas först efter WestLB:s övriga egna kapital. Den tyska regeringens och WestLB:s argumentation kan dock förstås så att överenskommelsen endast gäller förhållandet mellan den särskilda Wfa-reserven och det övriga primära kapital som ägarna ställt till förfogande, dvs. grundkapital och reserver, och att avsikten inte var att göra Wfa-kapitalet efterställt i förhållande till supplementärt kapital som vinstandelsbevis och efterställda lån.

ii) ***Likviditetsnackdelar***

(211) Tysklands och WestLB:s argument om likviditetsnackdelarna kan i princip bifallas. Ett ”normalt” kapitaltillskott till en bank ger såväl likviditet som en kapitalbas som banken behöver för att kunna utvidga sin affärsverksamhet i överensstämmelse med tillsynsreglerna. För att fullt ut utnyttja kapitalet, dvs. för att utvidga sina tillgångar med 100 % riskvikt med en faktor på 12,5 (dvs. 100 dividerat med kapitaltäckningsgraden på 8 %), måste banken refinansiera sig 11,5 gånger på de finansiella marknaderna. Enklare uttryckt ger skillnaden mellan 12,5 gånger erhållna

([1]) I det externa utlåtande som utarbetats för kommissionens räkning bekräftas denna uppfattning. I det behandlas även olika enskilda värderingar, som förekommer i Tysklands utlåtande. Exempelvis framträder ”kupongeffekten” i ett annat ljus då det konstateras att hela kapitalet och inte endast en del av det skulle gå förlorat vid eventuellt löpande förluster eller likvidation. I utlåtandet pekas dessutom på två subjektiva aspekter i Tysklands utlåtanden: Å ena sidan, sägs det i slutsatsen, används marknadsuppgifter selektivt och å andra sidan ersätts marknadsuppgifterna delvis av uppgifter som författarna hämtat ur sina egna erfarenheter utan att detta uttryckligen anges.

och 11,5 gånger betalda räntor på detta kapitalminus bankens övriga kostnader (t.ex. förvaltningskostnader) vinsten på det egna kapitalet ([1]). Eftersom Wfa-kapitalet till att börja med inte ger WestLB någon likviditet – emedan de överförda tillgångarna och alla Wfa:s intäkter enligt lag är förbehållna stödet till bostadsbyggande – har WestLB ytterligare finansieringskostnader motsvarande kapitalbeloppet för att fullständigt kunna utnyttja de affärsmöjligheter som banken får genom det supplementära kapitalet, dvs. för att utvidga de riskjusterade tillgångarna med 12,5 gånger kapitalbeloppet (eller att bevara befintliga tillgångar av denna storlek) ([2]). En privat investerare i en marknadsekonomi kan inte förvänta sig att få samma ersättning som vid tillskjutande av kontanta medel.

(212) Till skillnad från WestLB och Tyskland anser dock inte kommissionen att hela räntesatsen för refinansieringen bör beaktas. Refinansieringskostnader är driftskostnader och minskar därför den beskattningsbara inkomsten. Nettoresultatet för banken minskas alltså inte med beloppet av de extra räntebetalningarna. En del av dessa utgifter uppvägs nämligen av en mindre bolagsskatt. Endast nettokostnaderna bör beaktas som extrakostnader för WestLB till följd av det överförda kapitalets särskilda egenskaper. Sammanfattningsvis medger kommissionen således att WestLB får extra ”likviditetskostnader” motsvarande ”refinansieringskostnaderna minus skatt”.

iii) ***Rimlig ersättning för beloppet 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro)***

(213) En rimlig ersättning för det egna kapital som ställts till förfogande kan utan tvivel i princip beräknas på olika sätt. Som nedan visas bygger dock alla metoder för att räkna ut ersättningen för eget kapital som ställts till förfogande på samma grundläggande principer. Med dessa grundläggande principer som utgångspunkt har kommissionen använt ett tillvägagångssätt för beräkningen i två steg: först har den minimiersättning som en investerare skulle förvänta sig för en (teoretisk) aktieinvestering i WestLB fastställts. Därefter har man undersökt om ett påslag eller ett avdrag skulle ha överenskommits på marknaden på grund av de speciella särdrag som den berörda transaktionen uppvisar och om kommissionen i så fall kan kvantifiera denna på ett sätt som är metodiskt vederhäftigt.

Beräkning av förväntad minimiersättning för en aktieinvestering i WestLB

(214) Avkastningen på en given investering samt investeringsrisken är avgörande faktorer för en marknadsmässigt handlande investerares investeringsbeslut. För att bedöma storleken på dessa båda faktorer tar investeraren med all den information om bolagen och marknaden som står till förfogande i sin beräkning. Han kan därvid använda sig av historiska genomsnittsvärden för avkastning, som i allmänhet ger en indikation om ett företags framtida prestationsförmåga samt dessutom bl.a. av en analys av företagets affärsmodell för den tidsrymd som omfattas av investeringen, företagsledningens strategi och kvalitet eller de relativa framtidsutsikterna för den berörda branschen.

(215) En marknadsmässigt agerande investerare kommer bara att skjuta till kapital om investeringen möjliggör en bättre avkastning än den jämförelsevis näst bästa alternativa penningplaceringen eller om den innebär en mindre risk. På motsvarande sätt kommer en investerare inte att skjuta till pengar i ett företag vars förväntade avkastning är mindre än den genomsnittligt förväntade avkastningen för andra företag med en jämförbar profil. I det ifrågavarande fallet kan man utgå ifrån att det förekommer en avsevärd mängd alternativ till den teoretiska investeringen, som erbjuder en högre förväntad avkastning vid samma risk.

(216) Det finns olika metoder för att beräkna den rimliga minimiersättningen. Det finns allt från olika varianter av finansieringsmodeller till CAPM-metoden. För att åskådliggöra de olika modellerna är det lämpligt att göra åtskillnad mellan två komponenter, en riskfri avkastning och en projektspecifik riskpremie:

Rimlig minimiavkastning på en riskinvestering

=

riskfri bassats + riskpremie för riskinvesteringen.

Den rimliga minimiavkastningen på en riskinvestering kan därför beskrivas som summan av den riskfria avkastningssatsen och den extra riskpremien för övertagandet av risken vid investeringen i fråga.

(217) På motsvarande sätt fastställs avkastningen alltid på grundval av om det finns en investeringsform utan risk för fallissemang, men med en förmodat riskfri avkastning. I regel används den förväntade avkastningen på värdepapper med fast ränta från statliga emittenter för att fastställa den riskfria bassatsen (eller ett index som grundar sig på sådana värdepapper), eftersom de är investeringsformer med en jämförbar låg risk. Det finns dock skillnader mellan de olika metoderna när det gäller hur riskpremien skall beräknas:

— *Finansieringsmodellen*: En investerares förväntade avkastning på eget kapital utgör framtida finansieringskostnader för den bank som förfogar över kapitalet. I denna modell beräknas först de historiska

([1]) I verkligheten är situationen naturligtvis mycket mer komplicerad, exempelvis på grund av poster utanför balansräkningen, olika riskvikter för tillgångar och poster utan risk. Det berör dok inte resonemanget i princip.

([2]) Situationen ändras inte om man tar i betraktande möjligheten att skaffa supplementärt kapital till samma belopp som det primära kapitalet (faktor 25 i stället för 12,5 för primärt kapital).

kostnader för anskaffning av eget kapital som jämförbara banker haft. Det aritmetiska medelvärdet av de historiska kapitalkostnaderna jämställs därefter med de framtida förväntade kostnaderna för anskaffning av eget kapital och därmed med investerarens förväntade krav på avkastning.

— *Finansieringsmodell med Compound Annual Growth Rate*: Det centrala i denna modell är att man använder ett geometriskt i stället för ett aritmetiskt medelvärde (Compound Annual Growth Rate).

— *Capital Asset Pricing-modellen (CAPM)*: CAPM är den mest kända och oftast testade modellen inom modern finansekonomi och den kan användas för att beräkna en investerares förväntade avkastning med följande formel:

Minimiavkastning

=

riskfri bassats + (marknadsriskpremie × beta)

Riskpremien för investeringen i eget kapital fås genom att marknadens riskpremie multipliceras med betafaktorn (marknadsriskpremie × beta). Betafaktorn används till att kvantifiera ett företags risk i förhållande till den sammanlagda risken för samtliga företag.

(218) CAPM är den förhärskande metoden för att beräkna avkastningen på investeringar för stora, börsnoterade företag. Eftersom WestLB inte är något börsnoterat företag, är det emellertid inte möjligt att direkt avleda dess betavärde. Därför kan CAPM endast användas på grundval av en uppskattning av betafaktorn.

(219) Kommissionen har fått sex olika utlåtanden med beräkningar av riskpremier respektive sammanlagd avkastning på investeringar enligt olika metoder. Inte i något av dessa utlåtanden har riskpremien för införlivandet av Wfa i WestLB beräknats direkt, utan utifrån ett antagande om en (teoretisk) aktieinvestering i WestLB.

— *Utlåtande från Ernst&Young* den 11 september 1995/28 augusti 1997: Ernst&Young (1995) som tillämpar finansieringsmodellen, beräknar de faktiska kapitalkostnaderna på grundval av prisförändringen av aktiekursen (kursvinster och –förluster) och de utbetalda utdelningarna (utdelningsavkastning). Investerarens avkastningskrav definieras sedan som det aritmetiska medelvärdet av de historiska kapitalkostnaderna.

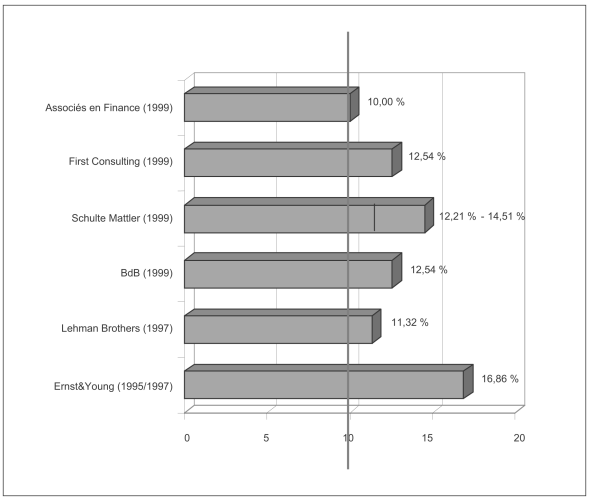
— *Associés en Finance* fastställde i sitt utlåtande från oktober 1999 på uppdrag av WestLB och på grundval av den s.k. Securities Market Line-modellen en minimiersättning på mellan 10 och 11 % för en aktieliknande investering i WestLB vid tiden för införlivandet.

— *BdB:s utlåtande* från den 14 januari 1999: BdB använde för sin beräkning geometriska medelvärden för kostnaderna för att anskaffa eget kapital hos de fyra stora tyska affärsbankerna Deutsche Bank, Dresdner Bank, Commerzbank och Bayerische Vereinsbank, enligt finansieringsmodellen med *Compound Annual Growth Rate* tillsammans med Ernst&Youngs uppgiftspool för alla tänkbara investeringsperioder mellan 1982 och 1992. De genomsnittliga kostnaderna för att anskaffa eget kapital för dessa jämförda banker uppgår till 12,54 %, vilket motsvarar investerarens förväntade avkastning.

— *Utlåtande från Lehman Brothers* av den 8 juli 1997 på uppdrag av WestLB, *utlåtande från Professor Schulte-Mattler* av den 14 januari 1999 på uppdrag av BdB, *utlåtande från First Consulting* av den 18 juni 1999 på uppdrag av kommissionen: Dessa konsulter, som alla använder CAPM, fastställde till att börja med en marknadsriskpremie för den tyska aktiemarknaden för tiden vid slutet av 1991. De kommer i genomsnitt fram till en premie på 4–5 % (Lehman Brothers 4 %, Professor Schulte-Mattler 5 % och First Consulting 4-5 %). Även delstaten Nordrhein-Westfalen, WestLB och den klagande BdB utgick från en marknadsriskpremie på 4 % i den inlaga som de överlämnade till kommissionen den 13 oktober 2004. Därefter gjorde konsulterna ett överslag av WestLB:s betavärde, dvs. WestLB:s individuella riskpremie. Med denna faktor anpassades den allmänna marknadsriskpremien till WestLB. Eftersom WestLB i slutet av 1991 inte var något börsnoterat aktiebolag kunde dess betavärde inte beräknas statistiskt. Därför utgår konsulterna från antagandet att WestLB:s betavärde är detsamma som betavärdet för jämförbara banker som handlas på börsen. Professor Schulte-Mattler fastställde med hjälp av uppgifter från den tyska centralbanken en betafaktor för affärsbankerna i Tyskland i slutet av 1991 till 1,25 (på grundval av årsuppgifter) och 1,1 (på grundval av månadsuppgifter). WestLB:s konsulter, Lehman Brothers, använde däremot inte betavärdena för samtliga tyska kreditinstitut utan utgick från IKB Deutsche Industriebank och BHF-banken som uppgick till 0,765. Lehman Brothers kom därmed fram till en totalt sett lägre riskpremie för WestLB. Även den klagande BdB accepterade i sitt ställningstagande av den 13 oktober 2004 en betafaktor på 0,76 % som sakligt korrekt och kom därför fram till en minimiersättning på 10,19 %, vilket avviker från den siffra som förekommer i inlagan av den14 januari 1999.

(220) I nedanstående figur är resultaten av alla utlåtanden sammanfattade. När man använder ovannämnda metoder

för att räkna ut den förväntade avkastningen på en riskinvestering får man således fram följande minimiavkastningsvärden för en aktieinvestering i WestLB:



(221) Slutsatsen som kan dras av de utlåtanden och ställningstaganden som finns till förfogande är att minimiavkastningen för en (tänkt) aktieinvestering i WestLB vid den relevanta tidpunkten för överföringen ligger mellan 10 och 13 % ([1]). Endast två utlåtanden utgår från en betydligt högre minimiavkastning. Under samtalen mellan den klagande BdB, delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB AG i juli 2004 fastställdes en rimlig ersättning till 10,19 %. Detta värde ligger inom det marknadsspann som beräknats ovan. Kommissionen har därför beslutat sig för att frångå sitt första beslut i WestLB-ärendet från år 1999, som baseras på en årlig minimiersättning på 12 %, och i stället använda det värde på 10,19 % per år som har beräknats av parterna som marknadsmässig ersättning för en aktieliknande investering i WestLB den 31 december 1991. Kommissionen fastställer således ett värde på 10,19 % per år (efter bolagsskatt men före investerarskatt) som rimlig minimiersättning för överföringen av Wfa-tillgångarna.

Avdrag på avkastningen på grund av bristande likviditet

(222) WestLB uppgav under förfarandet till att börja med att dess refinansieringskostnader vid tiden för överföringen av tillgångarna på grund av bankens finansiella struktur uppgick till 9,2 %. Under förfarandets gång har WestLB och den tyska regeringen i flera olika skrivelser och diskussioner nämnt refinansieringsräntor på 7,0 % och 7,5 % ([2]). I sin överenskommelse har parterna i enlighet med den av dem beräknade långfristiga riskfria basräntesatsen för tidpunkten den 31 december 1991 fastställt en räntesats på 7,15 %. Dessutom hade parterna enats om att utgå från en fast skattesats på 50 %. På motsvarande sätt kommer parterna fram till en refinansieringssats netto på 3,57 % för den del av Wfa-kapitalet som står till förfogande som säkerhet för den konkurrensutsatta verksamheten och därmed till ett motsvarande likviditetsavdrag.

(223) På grund av det faktum att de nämnda beloppen faller inom de ramar Tyskland redan anfört, har kommissionen ingen anledning att betrakta beloppen som olämpliga och lägger dessa belopp till grund för beräkningen av stödinslaget. Kommissionen hade visserligen i sitt första WestLB-beslut godkänt den långfristiga riskfria räntesatsen för tyska statsobligationer med tio års löptid, som vid utgången av 1991 låg på 8,26 %, som minsta refinansieringskostnader brutto. Vid denna räntesats rör det sig emellertid om ett synsätt utifrån ett visst bestämt referensdatum och ingen hänsyn tas därvid till att Wfa-kapitalet ständigt skulle stå till WestLB:s förfogande. Vid sina förhandlingar om den långfristiga riskfria basräntesatsen avstod parterna därför från att använda en riskfri avkastning med referensdatum – som iakttogs på marknaden vid överföringstidpunkten – för en fast investeringsperiod, eftersom ett sådant betraktelsesätt inte beaktade reinvesteringsrisken, dvs. risken för att inte kunna reinvestera kapitalet till den riskfria räntesatsen efter investeringsperioden. Enligt parternas uppfattning beaktas investeringsrisken bäst om man använder ett totalavkastningsindex (*Total Return Index*). Parterna använde därför Deutsche Börse AG:s REX10 Performance-index, som visar utvecklingen för en investering i tyska statsobligationer med en löptid på exakt tio år. Den indexserie som använts i detta ärende innehåller den respektive slutställningen för varje år för REX10 Performance-indexet sedan 1970. Parterna har därefter beräknat den årliga avkastningen, som visar trenden som den åskådliggörs av det som underlag använda REX10 Performance-indexet under perioden 1970–1991, och kom på detta sätt fram till de ovannämnda riskfria basräntesatserna på 7,15 % (31 december 1991).

(224) Mot bakgrund av att investeringen i WestLB skulle ställas till förfogande permanent, verkar sättet att beräkna de riskfria basräntesatserna lämpligt i detta fall. Det använda REX10 Performance-indexet är dessutom allmänt erkänt som datakälla. De beräknade riskfria basräntesatserna verkar därför lämpliga.

(225) Även av den anledningen har kommissionen nu beslutat att använda den av parterna beräknade långfristiga riskfria räntesatsen på 7,15 % den 31 december 1991 som minimikostnad för refinansiering brutto. Vid en fast skattesats på 50 % ([3]) vid den berörda tidpunkten för överföringen, kommer kommissionen således fram till en refinansieringssats netto och därmed till ett motsvarande likviditetsavdrag på 3,75 % per år för den del av Wfa-kapitalet som stod till förfogande som säkerhet för den konkurrensutsatta verksamheten.

Påslag på avkastningen på grund av Wfa-överföringens särdrag

(226) När en ersättning skall fastställas är det i allmänhet praxis att beakta atypiska omständigheter, som avviker från en normal investering i aktiekapitalet i det berörda företaget, genom att motsvarande påslag eller avdrag görs. Det skall

([1]) Denna teori får även stöd genom uttalanden och undersökningar som har gjorts av investmentbanker och konsultföretag om faktisk och förväntad avkastning på eget kapital. Salomon Brothers bedömer att avkastningsnivån för eget kapital för de flesta europeiska banker ligger mellan 10 och 14 %, Merryl Lynch att nivån för olika tyska banker ligger runt 11,8 %, WestLB Panmure mellan 11,8 och 12,3 %.

([2]) I beslutet att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget uppgav kommissionen på grundval av de uppgifter som WestLB vid denna tidpunkt lagt fram en preliminär räntesats på 7 %.

([3]) Enligt handlingar som den tyska regeringen lagt fram uppgick bolagsskatten 1995 och 1996 till 42 %, till vilket kom solidaritetspåslaget på 7,5 %, dvs. totalt 49,5 %. Den totala skattesatsen minskade 1998 till 47,5 %. Det är först sedan 2001 som den totala skattesatsen bara utgjort 30,5 %.

därför undersökas om de särskilda kännetecknen, särskilt den konkreta riskprofil som sammanhänger med överföringen av Wfa-tillgångarna, föranleder en anpassning av den ovan fastställda minimiersättningen på 10,19 % som en privat investerare skulle förvänta sig för en tänkt aktieinvestering i WestLB, och om kommissionen dessutom kan kvantifiera detta belopp med en tillräckligt säker metod. I detta sammanhang är det tre omständigheter som bör granskas: för det första att det inte emitterades några nya aktier och därmed inte utdelades någon rösträtt, för det andra att överföringen av tillgångar hade en osedvanligt stor volym och för det tredje att investeringen inte var fungibel.

(227) Delstaten fick inget utökat röstetal genom införlivandet. Genom att avstå från rösträtt mister investeraren även möjligheten att påverka bankledningens beslutsfattande. Om delstatens röstetal skulle ha utökats skulle den ha blivit innehavare av mer än 70 % av rösterna. Delstaten skulle med andra ord ha gått från att ha varit en minoritetsägare (med 42 % av rösterna) till att bli en majoritetsägare. Som kompensation för en större risk för förluster, som inte balanseras av ett motsvarande större inflytande i företaget, skulle en normal investerare som följer den marknadsekonomiska investerarprincipen (också om risken mildrades genom interna avtal med andra ägare) kräva större ersättning. Detta märks tydligt när det är fråga om preferensaktier utan rösträtt. Den investerare som avstår från rösträtt erbjuds en högre förräntning på det insatta kapitalet samt förtur vid utdelningar. Med utgångspunkt från att ersättningen för preferensaktier är högre än den för stamaktier och i samklang med den klagande BdB, delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB AG, som efter sina förhandlingar i juli 2004 kom fram till att ett årligt påslag på 0,3 % (efter skatt) vore rimligt, anser kommissionen att ett påslag på minst 0,3 % per år (efter bolagsskatt) är korrekt.

(228) Omfattningen av de överförda tillgångarna och den betydelse de hade för WestLB:s möjlighet att uppfylla kapitaltäckningsdirektivet har redan nämnts ovan. Genom införlivandet av Wfa fördubblades WestLB:s primärkapital, utan att några förvärvs- eller förvaltningskostnader uppstod. I det aktuella ärendet utgjorde dock Wfa-kapitalets stora volym en indikation om transaktionens likhet med en aktiekapitaltransaktion, men detta var inte i sig själv utslagsgivande. Om man därför åter beaktade omfattningen på WFa-överföringen som bas för ett påslag skulle denna faktor på ett otillbörligt sätt vägas in dubbelt. Kommissionen bortser därför i det aktuella ärendet – i motsats till i sitt första WestLB-beslut – från ett möjligt påslag motiverat av kapitalvolymen.

(229) Det skall slutligen påpekas att investeringen inte var fungibel, dvs. att det investerade kapitalet inte kunde tas ut ur företaget när som helst. En investerare kan normalt sett sälja ett ägarandelsbevis på marknaden till tredje man och därmed avsluta sin investering. Närmare bestämt sker ett tillskott av aktiekapital på följande sätt: Investeraren för upp tillgångar (kontanter eller apportegendom) på tillgångssidan i balansräkningen. På passivsidan motsvaras detta i regel av en omsättningsbar andel till investerarens förmån, t.ex. aktier i fråga om aktiebolag. Dessa aktier kan investeraren sälja till tredje man. Detta betyder dock inte att han kan ta ut de tillgångar han ursprungligen skjutit till. Dessa tillgångar ingår nu i bolagets kapitalbas och står inte till investerarens förfogande. Han kan dock sälja aktien och därmed realisera det ekonomiska motvärdet. Investeringen är därmed fungibel. På grund av de särskilda omständigheterna i samband med överföringen av Wfa-tillgångarna har delstaten inte denna möjlighet. Trots det ser kommissionen till skillnad från i sitt tidigare WestLB-beslut i detta fall ingen anledning till ett ytterligare påslag. Delstaten hade visserligen ingen möjlighet att realisera det ekonomiska motvärdet genom att fritt handla med investeringen, men det var åtminstone principiellt möjligt att lösa ut Wfa-tillgångarna från WestLB och i förekommande fall uppnå en större avkastning genom att reinvestera i andra institut.

(230) På det hela taget anser kommissionen att ett avkastningstillägg på minst 0,3 % per år (efter skatt) är rimligt som kompensation för avståendet från ytterligare rösträtt ([1]).

Ingen nedsättning av avgiften på grund av avtalet om en fast ersättning

(231) När det gäller aktier beror ersättningen direkt på företagets resultat och den tar sig huvudsakligen uttryck i form av utdelningar och en andel i företagets värdestegring (t.ex. uttryckt i högre aktiekurser). Delstaten får en schablonersättning vars storlek bör avspegla båda dessa aspekter på ersättningen för ett ”normalt” kapitaltillskott. Man kan hävda att den fasta ersättning som delstaten får i stället för en ersättning som skulle ha varit direkt knuten till WestLB:s resultat innebär en fördel som motiverar en minskning av ersättningens storlek. Huruvida en sådan fast ersättning faktiskt är fördelaktigare än en variabel, vinstrelaterad ersättning, beror på företagets resultat i framtiden. Om resultaten blir sämre är den fasta satsen till fördel för investeraren, men om de förbättras är den en nackdel. Den faktiska utvecklingen kan dock inte i efterhand användas

([1]) I det expertutlåtande från First Consulting som det hänvisas till i fotnot 49 i det första WestLB-beslutet rekommenderades visserligen ett schablonmässigt påslag på sammanlagt 1–2 % för var och en av de ovannämnda aspekterna men därvid beaktades inte att man redan hade tagit hänsyn till volymen vid fastställandet av det faktum att transaktionen företedde likheter med en aktietransaktion. Vad beträffar fungibilitetsaspekten har First Consulting enligt kommissionens förmenande underlåtit att ta hänsyn till att investeringen, även om den inte kan avyttras ändå kan lösas ut och därmed i princip reinvesteras.

för att bedöma beslutet om att göra investeringen i fråga. I det föreliggande fallet bör man även betänka att ersättningen uteblir om banken går med förlust och att beslutet om kumulativa betalningar i efterhand fattas av WestLB. Ersättningens fasta karaktär är därför inte en sådan fördel för investeraren som gör att denne därför skulle ha nöjt sig med en mindre ersättning. På grundval av ovanstående resonemang anser kommissionen att avgiftssatsen inte skall minskas på grund av detta.

(232) Det bör även nämnas att den ersättning som skall betalas för det tillförda kapitalet normalt avtalas mellan företaget och investeraren. I det föreliggande fallet fastställdes uppenbarligen storleken på den ersättning som WestLB skall betala av bankens ägare, vilket framstår som ovanligt. Ersättningens storlek bör inte vara beroende av vad de andra ägarna är beredda att godta, utan av risken för delstaten och nyttan för WestLB. Tyskland har inte heller lagt fram något bakgrundsmaterial om förhandlingarna om ersättningen och beräkningen av dess storlek. Tyskland påpekar förvisso med rätta att endast resultatet, dvs. ersättningens storlek, spelar någon roll vid kommissionens stödrättsliga bedömning, inte det sätt på vilket resultatet kommit till stånd. Ur kommissionens synvinkel kan dock det sätt på vilket ersättningen fastställts och de överväganden som spelat en roll i detta sammanhang definitivt ge en antydan om i vilken utsträckning delstaten agerat enligt den marknadsekonomiska investerarprincipen.

(233) Vidare avtalade WestLB:s ägare att ersättningens storlek skulle fastställas först när WestLB:s resultat från åren från och med 1992 förelåg. Enligt kommissionens uppfattning bör bankens ekonomiska resultat inte ha någon betydelse för att bestämma storleken på schablonersättningen. En sådan ersättning bör definitivt inte vara beroende av den vinst som WestLB kan generera, utan av risken för delstaten och den potentiella nyttan för banken av överföringen av tillgångarna. En privat investerare i en marknadsekonomi skulle inte vara villig att godta en lägre schablonersättning på grund av sämre resultat i det ifrågavarande företaget. Denna överenskommelse tyder följaktligen inte på ett agerande i enlighet med den marknadsekonomiska investerarprincipen.

(234) Under kommissionens förberedande undersökning fördes förhandlingar mellan de klagande och WestLB med målet att uppnå en lösning utan att genomföra förfarandet enligt artikel 88.2 i EG-fördraget, dvs. att utifrån en gemensam grundval komma fram till en ersättning som kunde anses vara marknadsmässig. Diskussionerna gav inget resultat. Under förhandlingarnas gång föreslog WestLB emellertid att delstaten förutom den redan avtalade schablonersättningen på 0,6 % även skulle tillerkännas rätten till att vid en eventuell likvidation av WestLB få ut en rimlig kompensation för den värdetillväxt som banken fått genom utvidgningen av sin affärsverksamhet tack vare överföringen av Wfa-tillgångarna, dvs. delstaten skulle beviljas en extra andel av WestLB:s disponibla och dolda reserver. Detta tyder på att värdet av det tillförda kapitalet i själva verket var större för WestLB än vad som framgår av den avtalade ersättningen. Det avtalades dock inte om en sådan andel av likvidationsvärdet. En privat investerare i en marknadsekonomi skulle inte heller acceptera en sådan hypotetisk ersättning, eftersom han i fråga om ett långsiktigt företag som WestLB aldrig skulle kunna lösa in den. Därför skulle den vara värdelös för honom.

Sammanlagd ersättning

(235) På grundval av ovanstående och i överensstämmelse med den klagande BdB, delstaten Nordrhein-Westfalen och WestLB AG drar kommissionen slutsatsen att en rimlig ersättning för det ifrågavarande kapitalet skulle uppgå till 6,92 % (efter bolagsskatt), nämligen 10,19 % (efter bolagsskatt) i form av normal avkastning på den ifrågavarande investeringen plus påslaget på 0,3 procentenheter (efter bolagsskatt) för transaktionens särskilda karaktär minus 3,75 % (efter bolagsskatt) på grund av de finansieringskostnader som uppstår för WestLB på grund av de överförda tillgångarnas bristande likviditet.

iv) ***Rimlig ersättning för beloppet 3,4 miljarder mark (1,74 miljarder euro)***

(236) Såsom redan visats är även andelen eget kapital på 3,4 miljarder mark (1,74 miljarder euro) av ekonomisk betydelse för WestLB och dess ekonomiska funktion kan jämföras med en borgensförbindelse eller garanti. För att ta en sådan risk skulle en privat investerare i en marknadsekonomi kräva en rimlig ersättning.

(237) I sitt beslut att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget nämnde kommissionen en räntesats på 0,3 %, som Tyskland nämnt som en rimlig växelborgenavgift (Avalprovision) för en bank som WestLB. I detta avseende bör dock två faktorer beaktas. För det första överstiger beloppet på 3,4 miljarder mark (1,74 miljarder euro) det som normalt täcks genom sådana bankgarantier. För det andra är bankgarantier vanligtvis knutna till bestämda transaktioner och begränsade i tiden. Wfa-reserven står däremot till WestLB:s förfogande på obegränsad tid. Dessa båda faktorer nödvändiggör en höjning av ersättningen till omkring 0,5-0,6 %. Eftersom garantiavgifter normalt utgör driftsutgifter och därför minskar den beskattningsbara vinsten, medan den ersättning som delstaten får för Wfa-kapitalet betalas av vinsten efter skatt, bör ersättningsnivån justeras i enlighet med detta. Sammanfattningsvis anser kommissionen att en ersättningsnivå på 0,3 % efter skatt utgör en korrekt ersättning för detta slag av kapital.

v) ***Synergieffekter***

(238) De tyska myndigheterna menar att den egentliga anledningen till överföringen var de potentiella synergieffekterna och inte behovet att öka WestLB:s eget kapital. Det är fullt möjligt att man redan på 1970-talet börjat diskutera effektiviteten i stödet till bostadsbyggandet. Trots denna långa och djupgående diskussion genomfördes överföringen först 1991, då WestLB:s kapitalbehov tvingade de offentliga ägarna att göra något åt saken. Av handlingarna –

särskilt av de relevanta handlingarna om lagen om överföringen samt lagens motivering och protokollen från debatterna i delstatsparlamentet – framgår otvetydigt att det egentliga syftet med överföringen var att ge WestLB en kapitalbas som uppfyllde de nya kapitaltäckningsreglerna. Synergieffekter sågs som en positiv (bi-)effekt, men var vid denna tid säkerligen inte den viktigaste anledningen till transaktionen.

(239) De tyska myndigheterna och WestLB hävdar att delstaten inte bara skulle ha fått en betalning motsvarande 0,6 % av beloppet på 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro) utan dessutom kunde tillgodoräkna sig cirka 30 miljoner mark (15 miljoner euro) årligen tack vare de synergieffekter som kunde utnyttjas genom överföringen och införlivandet av Wfa samt WestLB:s övertag av Wfa:s pensionsåtaganden till ett belopp på 33 miljoner mark (17 miljoner euro). De besparingar som kunde göras tack vare samverkansvinsterna härrörde från sammanslagningen mellan Wfa och WestLB:s f.d. avdelning för främjande av bostadsbyggande, som gjorde det möjligt att effektivisera delstatens organisation för främjande av bostadsbyggande och spara in på personal.

(240) Synergieffekter är en normal följd av en sammanslagning. Det är dock inte klart hur sådana samverkansvinster kan förenas med den idé om ett slutet kretslopp som delstaten gjort gällande och Wfa:s konkurrensneutralitet. I den mån samverkansvinsterna var möjliga efter överföringen, trots att de båda enheterna förblivit klart avskilda från varandra, och var resultatet av sammanslagningen av Wfa med WestLB:s avdelning för stöd till bostadsbyggande, som redan tidigare uteslutande arbetade för Wfa, är det svårt att förstå varför sådana samverkansvinster inte skulle ha varit möjliga även utan överföringen.

(241) Om för övrigt sådana synergieffekter och besparingar uppstår för Wfa, gynnar de stödet till bostadsbyggandet genom minskning av kostnaderna (och gynnar därmed även delstaten), men kan inte ses som en motprestation från WestLB:s sida för tillhandahållandet av primärt kapital. Eftersom dessa synergieffekter varken minskar det överförda kapitalets användbarhet för WestLB eller ökar WestLB:s kostnader för överföringen, torde synergieffekterna inte heller ha någon inverkan på storleken på den ersättning som en privat investerare i en marknadsekonomi kan kräva av banken för det egna kapital som ställts till förfogande. Även om det var fråga om en faktisk fördel för delstaten till följd av synergieffekter skulle alla konkurrenter på grund av konkurrensen ha varit tvungna att ”betala” delstaten en ”ersättning” för det finansiella instrumentet (Wfa) i form av sådana fördelar förutom en rimlig ersättning för det tillhandahållna egna kapitalet.

(242) För övrigt uppstår synergieffekter som följd av en fusion normalt i båda de företag som deltar i fusionen. Det är svårt att förstå varför WestLB inte skulle tjäna något alls på dessa fördelar.

(243) Om WestLB skulle ha betalat för Wfa:s pensionsåtaganden, som minskar Wfa:s årliga utgifter, så kan sådana betalningar inte anses vara synergieffekter till följd av fusionen. De kan dock ses som en indirekt ersättning som WestLB betalar åt delstaten. Fördelarna borde uppstå inom ramen för stödet till bostadsbyggande och följaktligen öka de medel som där står till förfogande.

(244) Kommissionen anser således att de synergieffekter som gjorts gällande inte är en ersättning som WestLB betalat för överföringen av Wfa; men är dock villig att anse att det belopp på 33 miljoner mark (17 miljoner euro) som WestLB betalade 1992 för Wfa:s pensionsåtaganden är en del av den ersättning som betalats för överföringen.

f) INTEGRERING AV VERKSAMHETSÅRET 2002

(245) Kommissionen anser för övrigt tvärtemot parterna i överenskommelsen att även en del av år 2002 bör räknas in i beräkningen av stödinslaget, nämligen fram till den 1 augusti 2002. Tyskland har visserligen vid upprepade tillfällen förklarat att, p.g.a. de retroaktiva effekter som uppstod på balansräkningen och vinst- och förlusträkningen genom det genom lag stipulerade införlivandet av Wfa med Landesbank Nordrhein-Westfalen den 1 januari 2002, situationen med statligt stöd skulle anses ha upphört från den dagen. Oavsett effekterna på balansräkningen stod dock Wfa:s kapital i praktiken till WestLB:s förfogande för att täcka bankens konkurrensutsatta verksamhet. För den fråga som här skall tas ställning till är detta den avgörande omständigheten.

(246) Framförallt är det inget övertygande argument att inte bara beloppen från Wfa och den byggfrämjande verksamheten utan även hela den offentliga värdepappershandeln p.g.a. de nya reglerna redan den 1 januari 2002 övergick till delstatsbanken och att dessa omsättningsförluster för WestLB, som står i samband med den framtida lösningen för Wfa, redan var betydligt högre än den rimliga ersättningen för Wfa-kapitalet, vilket bör godtas som lämplig kompensation. Kommissionen har kommit fram till slutsatsen att den nackdel som uppstod genom uppdelningen av den allmännyttiga investeringsverksamheten och den offentliga värdepappershandeln inte kan sägas utgöra en ersättning för det nyttjande av Wfa-kapitalet som ägde rum fram till den 1 augusti 2002. Kapitalet från Wfa användes ju inte bara för att täcka den allmännyttiga investeringsverksamheten och den offentliga värdepappershandeln utan hela WestLB:s konkurrensutsatta verksamhet. WestLB måste därför betala en proportionell del av ersättningen på 6,92 % fram till den 1 augusti 2002.

g) STÖDINSLAGET

(247) På grundval av beräkningarna ovan anser kommissionen att det är marknadsmässigt med en årlig avkastning på 6,92 % efter skatt för den del av kapitalet som WestLB kan använda för att täcka sin affärsverksamhet, dvs. 2,5 miljarder mark (1,28 miljarder euro) vid utgången av 1993, och på 0,3 % efter skatt för skillnaden mellan denna del och det belopp på 5,9 miljarder mark (3,02 miljarder euro), som i WestLB:s balansräkning redovisas som eget kapital, dvs. 3,4 miljarder mark (1,74 miljarder euro) vid utgången av 1993.

(248) WestLB betalade en ersättning på 0,6 % endast på det belopp som banken kunde använda som täckning för sin affärsverksamhet. Denna ersättning betalades första gången för 1993. Såsom kommissionen förklarat godtar den WestLB:s betalningar 1992 för Wfa:s pensionsåtaganden som en extra ersättning till delstaten.

(249) Stödinslaget kan beräknas som skillnaden mellan de faktiska betalningarna och de betalningar som skulle motsvara de villkor som råder på marknaden.

(250) Tabell 5: Beräkning av stödinslaget

(i miljoner mark)

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
1. Andel av den särskilda reserven som står till WestLB:s förfogande	13	2 510	2 819	3 048	3 108	3 112	3 113	[…]	[…]	[…]	[…]
2. Restbelopp (skillnad mot 5 900 miljoner mark, för år 2002 i förhållande 7/12)	5 887	3 390	3 081	2 852	2 792	2 788	2 787	[…]	[…]	[…]	[…]
Ersättning på 6,92 % (efter skatt) för 1	0,9	173,7	195,1	210,9	215,1	215,4	215,4	[…]	[…]	[…]	[…]
Ersättning på 0,3 % (efter skatt) för 2	17,7	10,2	9,2	8,6	8,4	8,4	8,4	[…]	[…]	[…]	[…]
Total marknadsmässig ersättning	18,6	183,9	204,3	219,5	223,5	223,8	223,8	[…]	[…]	[…]	[…]
Faktisk ersättning (efter skatt)	33,1	15,1	16,9	18,3	18,6	18,7	18,7	[…]	[…]	[…]	[…] [1]
Stödinslag	- 14,5	168,8	187,4	201,2	204,9	205,1	205,1	208,6	209,3	209,3	128,6

(Totalt: 1 913,80 miljoner mark = 978,51 miljoner euro

[1] Enligt uppgifter från Tyskland betalade WestLB för hela år 2002 […] mark. För den tidsperiod som ingår i bedömningen från den 1 januari till den 1 augusti 2002 ([…] multiplicerat med faktorn 7/12) har således ett belopp på […] betalats i ersättning.

4. *SKATTEBEFRIELSE*

(251) Såsom kommissionen förklarade i sitt beslut att inleda ett förfarande enligt artikel 88.2 i EG-fördraget, kan statligt stöd förekomma då ett visst företag befrias från den normala beskattning som drabbar dess konkurrenter. Då en konstruktion med en ”institution inom en institution” inkluderar en allmännyttig, skattebefriad företagsenhet måste man vidta åtgärder för att se till att de ekonomiska effekterna av skattelättnaderna begränsas till den allmännyttiga institutionen och inte påverkar det konkurrensutsatta företaget

(252) WestLB behövde inte betala vare sig förmögenhetsskatt eller näringsskatt på de överförda tillgångarna. Dessutom var Wfa:s affärsverksamhet befriad från företagsskatt också efter överföringen. Enligt Tysklands uppfattning skulle WestLB inte gynnas gentemot andra skattesubjekt av denna skattereglering och så skedde inte heller.

(253) De vinster som uppstår inom WestLB:s konkurrensutsatta verksamhet till följd av användningen av Wfa-kapitalet för beräkning av kapitaltäckningsgraden beskattas enligt normala regler. Endast vinsterna inom verksamheten till stöd för bostadsbyggande är befriade från skatt. Befrielsen från förmögenhets- och näringsskatt var likaså begränsade till verksamheten inom stödet till bostadsbyggande. Det är inte kommissionens sak att avgöra om det är fråga om en överträdelse av de tyska bestämmelserna om skattebefrielse till förmån för allmännyttiga institutioner, utan dess uppgift är endast att på grundval av bestämmelserna i EG-fördraget bedöma om statligt stöd förekommer.

(254) Genom att Wfa inom WestLB befriats från förmögenhets-, närings- och bolagsskatt ökade Wfa:s vinster (eller minskade dess förluster). Den potentiella nödvändigheten för

delstaten att skjuta till extra kapital för stödet till bostadsbyggande minskade och värdet av Wfa:s nettotillgångar kunde eventuellt ökas. Eftersom Wfa endast behövde en viss del av denna (utvidgade) kapitalbas som primärt kapital för den egna verksamheten, kunde den del som stod till WestLB:s förfogande för att täcka bankens affärsverksamhet likaså växa med tiden. Men om denna del växer, ökas även grunden för den ersättning som skall betalas till delstaten. Om ersättningen hade fastställts till en rimlig nivå, skulle skattebefrielsen för stödet till bostadsbyggande inte ha lett till någon snedvridning av konkurrensen till förmån för WestLB. Enligt beräkningarna ovan uppgår den rimliga ersättningen till 6,92 % respektive 0,3 % årligen efter bolagsskatt.

5. *AVSKRIVNING AV SKULDER*

(255) Tyskland hävdar att befrielsen från ansvarsåtagandet inte påverkade delstatens finansiella läge negativt och inte utgjorde någon konkurrensfördel för Wfa eller WestLB. Eftersom Wfa-tillgångarna (fonden för stöd till bostadsbyggande) efter överföringen inte längre minskades varje år med de ifrågavarande skulderna, skulle en avveckling av Wfa ha möjliggjort en större behållning som skulle ha tillfallit delstaten. Dessutom förklarade de tyska myndigheterna att BAKred utan denna avskrivning inte skulle ha godtagit 4 miljarder mark (2,05 miljarder euro) som primärt kapital för Wfa.

(256) Wfa:s värde har säkerligen ökat på grund av upphävandet av ansvarsåtagandet. Men eftersom den ersättning som WestLB skall betala grundade sig på värderingen av Wfa efter detta upphävande, dvs. att denna värdeökning beaktades, medförde upphävandet ingen fördel för WestLB, förutsatt att ersättningen är marknadsmässig.

6. *ÅTGÄRDENS FÖRENLIGHET MED EG-FÖRDRAGET*

(257) På grundval av redogörelsen ovan kan man konstatera att samtliga kriterier i artikel 87.1 i EG-fördraget är uppfyllda och att överföringen av Wfa följaktligen innehåller statligt stöd i den mening som avses i den nämnda artikeln. Utgående från detta måste man undersöka om stödet kan anses vara förenligt med den gemensamma marknaden. Det bör dock påpekas att den tyska regeringen med avseende på eventuella inslag av stöd i samband med överföringen av Wfa inte åberopat någon bestämmelse om undantag i fördraget.

(258) Ingen av undantagsbestämmelserna i artikel 87.2 i EG-fördraget är tillämplig. Stödet är inte av social karaktär och inte heller ges det åt enskilda konsumenter. Det används inte heller för att avhjälpa skador som orsakats av naturkatastrofer eller andra exceptionella händelser, eller för att uppväga ekonomiska nackdelar som uppkommit genom Tysklands delning.

(259) Eftersom stödet inte har något regionalt syfte – det tjänar varken som stöd för att främja den ekonomiska utvecklingen i regioner där levnadsstandarden är onormalt låg eller där det råder allvarlig brist på sysselsättning, eller som stöd för att underlätta utveckling av vissa näringsverksamheter – kan varken artikel 87.3 a eller de regionala aspekterna i artikel 87.3 c i EG-fördraget tillämpas. Stödet främjar inte heller något viktigt projekt av gemensamt europeiskt intresse. Stödet har inte heller till syfte att främja kulturen eller bevara kulturarvet.

(260) Eftersom WestLB:s ekonomiska fortbestånd inte stod på spel då åtgärden genomfördes, uppkommer inte frågan om ett sammanbrott för ett enstaka stort kreditinstitut i Tyskland som WestLB kunde leda till en allmän kris i banksektorn, vilket enligt artikel 87.3 b i EG-fördraget kan motivera stöd för att avhjälpa en allvarlig störning i den tyska ekonomin.

(261) Enligt artikel 87.3. c i EG-fördraget kan stöd anses förenligt med den gemensamma marknaden om det underlättar utvecklingen av vissa näringsverksamheter. Detta skulle i princip även kunna gälla omstruktureringsstöd inom banksektorn. I det föreliggande fallet saknas dock förutsättningarna för att tillämpa denna undantagsbestämmelse. WestLB klassificeras inte som ett företag i svårigheter, som genom statligt stöd skulle hjälpas att återställa sin lönsamhet.

(262) Artikel 86.2 i EG-fördraget, som under vissa förutsättningar tillåter undantag från fördragets bestämmelser om statligt stöd, gäller i princip även sektorn för finansiella tjänster. Detta har kommissionen bekräftat i sin rapport ”Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse inom banksektorn” ([1]) Det står dock klart att överföringen genomfördes för att göra det möjligt för WestLB att uppfylla de nya kraven på kapitalbas, och utan tanke på några tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Tyskland har för övrigt inte gjort gällande att WestLB genom överföringen av Wfa skulle kompenseras för att tillhandahålla bestämda tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Därför kan inte heller denna undantagsbestämmelse tillämpas i detta fall.

(263) Eftersom inget av undantagen från det principiella förbudet mot statligt stöd enligt artikel 87.1 i EG-fördraget är tillämpligt, kan stödet i fråga inte anses förenligt med den gemensamma marknaden.

VII. **SLUTSATS**

(264) Kommissionen konstaterar att Tyskland olagligen har beviljat stödåtgärden i strid med artikel 88.3 i EG-fördraget. Följaktligen är stödet olagligt.

(265) Stödet kan varken enligt artikel 87.2 eller 87.3 eller enligt någon annan bestämmelse i EG-fördraget anses förenligt

([1]) Denna rapport lades den 23 november 1998 fram för ekonomi- och finansministerrådet, men har inte offentliggjorts. Den kan fås från kommissionens generaldirektorat för konkurrens och läsas på kommissionens webbplats på Internet.

med fördraget. Därför förklaras stödet vara oförenligt med den gemensamma marknaden. Det skall upphöra och stödinslaget i den olagliga åtgärden skall återkrävas av den tyska regeringen.

HÄRIGENOM FÖRESKRIVS FÖLJANDE.

Artikel 1

Det statliga stöd på 978,51 miljoner euro som Tyskland beviljade Westdeutsche Landesbank – Girozentrale, numera WestLB AG, mellan den 1 januari 1992 och den 1 augusti 2002 är oförenligt med den gemensamma marknaden.

Artikel 2

Tyskland skall vidta alla de åtgärder som är nödvändiga för att från stödmottagaren återkräva det stöd som avses i artikel 1 och som olagligen redan utbetalats till stödmottagaren.

Artikel 3

Återkravet skall ske utan dröjsmål och i enlighet med förfarandena i nationell lagstiftning, förutsatt att dessa förfaranden gör det möjligt att omedelbart och effektivt verkställa detta beslut.

Det belopp som skall återkrävas skall innefatta ränta som löper från den dag det olagliga stödet stod till stödmottagarens förfogande till den dag det har återbetalats.

Räntan skall beräknas på grundval av de bestämmelser som anges i kapitel V i kommissionens förordning (EG) nr 794/2004 ([1]).

Artikel 4

Tyskland skall inom två månader från dagen för delgivningen av detta beslut genom att fylla i frågeformuläret i bilagan underrätta kommissionen om de åtgärder som har vidtagits för att följa detta beslut.

Artikel 5

Detta beslut riktar sig till Förbundsrepubliken Tyskland.

Utfärdat i Bryssel den 20 oktober 2004

På kommissionens vägnar
Mario MONTI
Ledamot av kommissionen

([1]) EGT L 140, 30.4.2004, s. 1.

BILAGA

UPPGIFTER OM GENOMFÖRANDET AV KOMMISSIONENS BESLUT

1. **Beräkning av det belopp som skall återkrävas**

1.1. Ge följande upplysningar om belopp för olagligt stöd som ställts till stödmottagarens förfogande:

Utbetalningsdatum (°)	Stödbelopp (*)	Valuta	Stödmottagarnas identitet

(°) Datum då stödet eller delutbetalningarna av stödet ställdes till stödmottagarens förfogande (använd separata rader om en åtgärd består av flera delutbetalningar).
(*) Stödbelopp som ställts till stödmottagarens förfogande (i bruttobidragsekvivalenter).

Anmärkningar:

1.2. Förklara utförligt hur de räntor som skall betalas på det stöd som skall återkrävas kommer att beräknas.

2. **Åtgärder som planeras eller redan genomförts för att återkräva stödet**

2.1. Beskriv i detalj vilka åtgärder som redan vidtagits och vilka åtgärder som planeras för att omedelbart och effektivt återvinna stödet. Ange dessutom vilka alternativa åtgärder att återkräva stödet den nationella lagstiftningen innehåller. Ange eventuella rättsliga grunder för de vidtagna eller planerade åtgärderna.

2.2. När kommer återvinningen av stödet att vara genomförd?

3. **Stöd som redan återvunnits**

3.1. Ge följande upplysningar om de stödbelopp som redan återvunnits från stödmottagaren:

Datum (°)	Återbetalt belopp	Valuta	Stödmottagarnas identitet

(°) Datum för återbetalning av stödet.

3.2. Lämna handlingar som styrker att de stödbelopp som anges i tabellen under punkt 3.1 har återbetalats.