II

(Retsakter, hvis offentliggørelse ikke er obligatorisk)

KOMMISSIONEN

KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 20. oktober 2004

om Tysklands statsstøtte til Landesbank Berlin — Girozentrale

(meddelt under nummer K(2004) 3924)

(Kun den tyske udgave er autentisk)

(EØS-relevant tekst)

(2006/736/EF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR -

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det Europæiske Fællesskab, særlig artikel 88, stk. 2, første afsnit,

under henvisning til aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, særlig artikel 62, stk. 1, litra a),

efter at have opfordret medlemsstaten og andre interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger i overensstemmelse med disse artikler [1] og under hensyntagen til disse bemærkninger, og

ud fra følgende betragtninger:

I. SAGSFORLØB

(1) Den foreliggende sag vedrører delstaten Berlins overdragelse til Landesbank Berlin — Girozentrale af Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin, inkl. formue. Der er indledt yderligere seks sager mod Tyskland på grund af formueoverdragelser til andre delstatsbanker, bl.a. Westdeutsche Landesbank Girozentrale (»WestLB«).

(2) Ved brev af 12. januar 1993 anmodede Kommissionen Tyskland om oplysninger om de nærmere omstændigheder ved og grundene til et kapitalindskud til WestLB som følge af integreringen af Wohnungsbauförderanstalt (»WfA«) og lignende indskud af egenkapital til andre delstatsbanker. Tyskland svarede ved brev i marts og september 1993 og redegjorde for overdragelsen til Landesbank Berlin — Girozentrale af Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin. I november og december 1993 anmodede Kommissionen om yderligere oplysninger, som Tyskland fremsendte i marts 1994. Berlin blev udtrykkelig nævnt i det første af nævnte to breve fra Kommissionen.

(3) Ved brev af 31. maj 1994 og 21. december 1994 meddelte den tyske bankforening, Bundesverband deutscher Banken e.V. (»BdB«), som repræsenterer private banker med hjemsted i Tyskland, bl.a. Kommissionen, at Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin (»WBK«), inkl. formue, var blevet overført til Landesbank Berlin — Girozentrale pr. 1. januar 1993, og at WBK's opgaver samtidig var overgået til den forinden stiftede Investitionsbank Berlin (»IBB«), der blev drevet som en særlig afdeling inden for Landesbank Berlin. Det resulterede i en forhøjelse af Landesbank Berlins egenkapital og fordrejede efter BdB's opfattelse konkurrencen til fordel for Landesbank Berlin (»LBB«), da der ikke var aftalt nogen form for godtgørelse i overensstemmelse med det markedsøkonomiske investorprincip. BdB indgav derfor med sit andet brev en formel klage og opfordrede Kommissionen til at indlede en procedure efter EF-traktatens artikel 93, stk. 2 (nu artikel 88, stk. 2), mod Tyskland. Klagen omfattede desuden lignende formueoverdragelser til Westdeutsche Landesbank, Norddeutsche Landesbank, Landesbank Schleswig-Holstein, Hamburger Landesbank og Bayerische Landesbank. I februar og marts 1995 og december 1996 tilsluttede flere individuelle banker sig klagen fra deres forbund.

[1] EFT C 239 af 4.10.2002, s. 12.

(4) Kommissionen undersøgte i første omfang formueoverdragelsen til WestLB. Ved beslutning 2000/392/EF ([2]) erklærede den i 1999, at forskellen mellem den betalte godtgørelse og den normale forrentning på markedet var en støtteforanstaltning, der er uforenelig med fællesmarkedet, og krævede støtten tilbagebetalt. Beslutningen blev annulleret af Retten i Første Instans den 6. marts 2003 ([3]) på grund af utilstrækkelig begrundelse af to elementer ved beregningen af godtgørelsens størrelse, men blev stadfæstet på alle øvrige punkter. Samtidig vedtog Kommissionen på baggrund af en aftale mellem klageren og alle syv delstatsbanker, der var genstand for lignende procedurer, en ny beslutning, hvori den tog højde for Rettens kritik.

(5) Ved brev af 1. september 1999 anmodede Kommissionen Tyskland om oplysninger om overdragelserne til de øvrige delstatsbanker, herunder også LBB.

(6) Ved brev af 8. december 1999 fremsendte Tyskland oplysninger om overdragelsen til LBB af WBK, som Tyskland supplerede ved brev af 22. januar 2001. Repræsentanter for Tyskland og Kommissionen drøftede desuden overdragelsen og en eventuel tilbagesøgning af støtte i forbindelse med vurderingen af omstruktureringsstøtten til Bankgesellschaft Berlin AG (»BGB«), som Landesbank Berlin har været en del af siden 1994.

(7) Ved brev af 2. juli 2002 underrettede Kommissionen Tyskland om sin beslutning om at indlede proceduren efter EF-traktatens artikel 88, stk. 2, på grund af støtten.

(8) Efter at have anmodet om og fået udsat svarfristen fremsendte Tyskland ved brev af 9. september 2002 sine bemærkninger og supplerende oplysninger. Andre spørgsmål blev drøftet på møder med repræsentanter for Tyskland den 27. september 2002.

(9) Kommissionens beslutning om at indlede proceduren blev offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* ([4]) den 4. oktober 2002. Kommissionen opfordrede interesserede parter til at fremsætte deres bemærkninger. Den modtog derpå bemærkninger fra en konkurrent og fra BdB, og de blev begge sendt til Tyskland i november 2002 med en anmodning om at fremsætte bemærkninger. Tysklands svar blev fremsendt ved brev af 16. december 2002.

(10) Efter at Kommissionen havde anmodet herom, fremsendte Tyskland yderligere oplysninger om den mulige støtte ved brev af 22. og 27. januar 2003, 28. februar 2003 og 19. august 2003.

(11) Ved beslutning af 18. februar 2004 godkendte Kommissionen omstruktureringsstøtten til Bankgesellschaft Berlin AG, som LBB er en del af. Beslutningen omhandlede også en aftale, delstaten Berlin og BGB havde indgået den 23. december 2002, angående behandlingen af de tilbagebetalingskrav, delstaten Berlin måtte fremsætte som følge af den foreliggende statsstøttesag. Aftalen blev betragtet som omstruktureringsstøtte ([5]).

(12) Ved brev af 7. april 2004 anmodede Kommissionen Tyskland om supplerende oplysninger om alle sagerne angående delstatsbanker, som den modtog ved brev af 1. og 2. juni 2004 og 28. juni 2004.

(13) Investitionsbank Berlin (tidligere WBK) blev udskilt fra LBB's formue pr. 1. september 2004. Den 25. august 2004 sendte Tyskland Kommissionen udførlig dokumentation om de relevante retsforskrifter og andre bestemmelser.

(14) Den 27. september 2004 fremsendte Tyskland udkast til aftale mellem klageren (BdB), delstaten Berlin og LBB, som Kommissionen modtog i dens endelige form den 8. oktober 2004. Aftalen omhandler den passende godtgørelse for de kapitalandele, der blev overdraget til LBB den 1. januar 1993. Derudover er der også blevet indgået lignende aftaler i fem andre sager angående formueoverdragelser til delstatsbanker, og aftalerne er blevet sendt til Kommissionen.

II. DETALJERET BESKRIVELSE AF FORANSTALTNINGERNE

1. *LANDESBANK BERLIN — GIROZENTRALE*

(15) LBB blev stiftet i 1990 og fik samtidig overdraget den daværende Sparkasse der Stadt Berlin West ved universalsuccession. Kort efter blev Østberlins Sparkasse der Stadt Berlin også overdraget til LBB. Siden dette tidspunkt er sparekassevirksomhed i byen Berlin blevet drevet som en særskilt LBB-afdeling, under navnet »Berliner Sparkasse«, der ikke er en juridisk person.

(16) LBB er en offentligretlig institution (Anstalt des öffentlichen Rechts), over for hvilken delstaten Berlin har Anstaltslast (forpligtelse til at sikre organets økonomiske grundlag) og Gewährträgerhaftung (hæftelsespligt). Da WBK blev overdraget ved udløbet af 1992, ejede delstaten Berlin 100 % af LBB, og LBB havde en balancesum på ca. 85 mia. DEM og næsten 7 000 ansatte. LBB er en universalbank og beskæftiger sig med privat- og erhvervskunder (detailbankvirksomhed), ejendomsfinansiering og bankvirksomhed for offentlige myndigheder. Den har også aktiviteter i udlandet. LBB's hovedaktivitetsområde i 1992 var Berliner Sparkasses detailvirksomhed.

([2]) EFT L 150 af 23.6.2000, s. 1.
([3]) Sml. 2003 II, s. 435.
([4]) EFT C 239 af 4.10.2002, s. 12.
([5]) Betragtning 32 ff. og 141 i Kommissionens beslutning om omstruktureringsstøtte til Bankgesellschaft Berlin AG (ikke offentliggjort i EUT).

(17) LBB har siden 1994 været en del af BGB-koncernen, en gruppe af institutioner, der blev dannet samme år ved en fusion af flere kreditinstitutter, der tidligere blev kontrolleret af delstaten Berlin. Som holdingselskab har BGB med en atypisk passiv kapitalinteresse på ca. 75 % haft del i LBB's formue og udbytte siden 1994, bortset fra IBB, delstatens centrale støtteorgan. Delstaten, der er garant for delstatsbanken, overdrog i 1998 sine udbytterettigheder til BGB, som dermed økonomisk set blev 100 %-ejer. BGB-koncernen havde en balancesum på næsten 190 mia. EUR i 2001, næsten 175 mia. EUR i 2002 og ca. 153 mia. EUR i 2003. LBB havde en balancesum på ca. 87 mia. EUR i 2001, ca. 85 mia. EUR i 2002 og ca. 93 mia. EUR i 2003. Delstaten Berlin ejer i øjeblikket ca. 81 % af kapitalandelene i BGB. De øvrige ejere er Norddeutsche Landesbank (ca. 11 %) og Gothaer Finanzholding AG (Parion Versicherungsgruppe) (ca. 2 %). Ca. 6 % af kapitalandelen er spredt på små ejere.

(18) BGB kom i 2001 i en akut krise, hovedsageligt som følge af tidligere risikofyldte ejendomshandler, og havde ikke en tilstrækkelig stor egenkapital- og kernekapitalprocent. Der var derfor fare for, at det tyske finanstilsyn, Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen (BAKred, i dag BAFin) ([6]), ville træffe tilsynsretlige foranstaltninger. I august 2001 fik BGB et kapitalindskud på 2 mia. EUR, heraf ca. 1,8 mia. EUR fra delstaten Berlin, som i første omfang blev godkendt som kortsigtet redningsstøtte af Kommissionen. Efter at man havde konstateret yderligere risici, ydede delstaten Berlin BGB yderligere støtte, der sammen med kapitalindskuddet blev anmeldt som omstruktureringsforanstaltninger til Kommissionen, som gennemførte en indgående undersøgelse af foranstaltningerne ([7]).

(19) Den 18. februar 2004 blev undersøgelsen afsluttet, og Kommissionen godkendte støtten til en samlet økonomisk værdi af ca. 9,7 mia. EUR. Beslutningen omhandlede ud over kapitalindskuddet og de vidtgående garantier mod alle risici (en såkaldt Risikoabschirmung) også en aftale, som delstaten Berlin og BGB havde indgået den 23. december 2002, om behandlingen af eventuelle tilbagebetalingskrav fra delstaten Berlins side på grundlag af den foreliggende undersøgelse (»tilbagebetalingsaftalen«) ([8]).

(20) Aftalen fastsætter, at delstaten Berlin, hvis Kommissionen vedtager en beslutning om tilbagebetaling i den aktuelle sag, er forpligtet til som indskud i LBB at yde et saneringstilskud i den størrelsesorden, der er nødvendig for at undgå, at et eventuelt krav om tilbagebetaling resulterer i, at LBB og/eller BGB-koncernen kommer ned under de kapitalprocenter, der er fastsat i aftalen ([9]). Foranstaltningen blev i 2002 anset for nødvendig for at genoprette BGB-koncernens rentabilitet, fordi der var stor risiko for tilbagesøgningskrav. Det var ikke muligt at fastslå foranstaltningens præcise økonomiske værdi som led i BGB-beslutningen, da den aktuelle undersøgelse endnu ikke var afsluttet. Det teoretiske loft for foranstaltningen blev sat til 1,8 mia. EUR, da man vurderede omstruktureringsstøtten i forhold til konkurrencereglerne, særlig spørgsmålet om, hvorvidt de modydelser, Tyskland foreslog til reduktion af bankens stilling på markedet, er passende.

(21) Sammenfattende skal det bemærkes, at tilbagebetalingsaftalen blev betragtet som yderligere støtte til BGB-koncernen i forbindelse med fastsættelsen af Tysklands modydelser, selv om aftalen kun fandt anvendelse, hvis Kommissionen krævede støtten tilbagebetalt, og hvis dette resulterede i, at bankens kapitalprocenter kom ned under, hvad der var fastsat i aftalen.

2. *OVERDRAGELSEN TIL LBB AF WBK*

(22) Ved reorganiseringen af delstaten Berlins kapitalinteresser i banker, som førte til dannelsen af BGB-gruppen i 1994, blev det besluttet i 1990 at oprette LBB, som fik overdraget først Vestberlins og siden hen også Østberlins sparekasser. I 1992 besluttede bl.a. delstaten Berlin at oprette IBB som organisatorisk og økonomisk uafhængig, offentligretlig institution, der ikke er en juridisk person, inden for LBB og som delstatens centrale støtteorgan. WBK havde indtil dette tidspunkt været en selvstændig offentligretlig institution, over for hvilken delstaten Berlin havde Anstaltslast og Gewährträgerhaftung. Den havde den almennyttige opgave at bygge og bevare boliger. WBK og alle dens opgaver skulle derefter overgå til IBB, der fik udvidede støtteopgaver, f.eks. på infrastruktur- og miljøområdet. Transaktionen skete pr. 1. januar 1993, hvor WBK, inkl. formue, blev overdraget til LBB ved universalsuccession.

(23) Med overdragelsen blev LBB's grundkapital forhøjet med WBK's tidligere grundkapital på 187,5 mio. DEM. Beløbet er siden da ikke blevet henregnet til IBB's formue. WBK havde 1,9058 mia. DEM i henlæggelser pr. 31. december 1992. WBK's overskudsreserve blev og bliver stadig opført som særlig reserve for IBB.

(24) BAKred fastsatte LBB's ansvarlige egenkapital til 3,127714 mia. DEM pr. 31. december 1992, hvad der svarede til en forhøjelse på 1,902714 mia. DEM. BAKred tog i den forbindelse hensyn til forhøjelsen af grundkapitalen med 187,5 mio. DEM og til WBK's henlæggelser, ekskl.

([6]) Siden den 1. maj 2002, da Banken-, Versicherungs- und Börsenaufsicht blev sammenlagt: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFin).

([7]) EFT C 141 af 14.6.2002, s. 2.

([8]) Betragtning 32 ff. og 141 i Kommissionens beslutning om omstruktureringsstøtte til Bankgesellschaft Berlin AG (ikke offentliggjort i EUT).

([9]) Betragtning 32 ff. og 141 i Kommissionens beslutning om omstruktureringsstøtte til Bankgesellschaft Berlin AG (ikke offentliggjort i EUT).

overskuddet for 1992. IBB's ansvarlige egenkapital, der var opført som særlig reserve, voksede støt i de efterfølgende år.

3. *KAPITALKRAV IFØLGE EGENKAPITALDIREKTIVET OG SOLVENSDIREKTIVET*

(25) Banker skal råde over ansvarlig kapital på mindst 8 % af deres risikobetonede aktiver, jf. Rådets direktiv 89/647/EØF af 18. december 1989 om solvensnøgletal for kreditinstitutter ([10]) (herefter »solvensdirektivet«) og Rådets direktiv 89/299/EØF af 17. april 1989 om kreditinstitutters egenkapital ([11]) (herefter »egenkapitaldirektivet«), ved hvilke Kreditwesengesetz (»KWG«) blev ændret for fjerde gang i 1993. Heraf skal mindst 4 procentpoint være såkaldt kernekapital (tier 1-kapital), hvad der omfatter kapitalkomponenter, som kreditinstituttet straks og uden begrænsning skal kunne anvende som sikkerhed for risici eller tab på det tidspunkt, hvor sådanne indtræder. Kernekapitalen er af afgørende betydning, da den supplerende kapital (tier 2-kapital) kun godkendes som sikkerhed for en banks risikobetonede forretninger med indtil 100 % af den disponible kernekapital. Pr. 30. juni 1993 skulle de tyske banker ifølge fjerde tillæg til KWG tilpasse deres ansvarlige kapital til de nye krav.

4. *VIRKNINGERNE AF OVERDRAGELSEN PÅ LBB'S EGENKAPITALGRUNDLAG*

(26) De nye regler var ifølge Tyskland ikke afgørende for beslutningen om at overdrage WBK til LBB, da LBB tydeligvis også opfyldte de nye egenkapitalkrav uden WBK's overskudsreserve. Først i 1990'erne havde man dog, især i Berlin, forventet, at Tysklands forening ville sætte skub i væksten, hvad der også kunne skabe flere muligheder for at udvide forretningerne i finanssektoren. Hvis bankerne ville øge deres forretningsomfang markant, krævede det dog et styrket kapitalgrundlag, særlig i lyset af de nye solvensregler. Med overdragelsen af WBK fik LBB et væsentligt større kapitalgrundlag til sine kommercielle, konkurrenceudsatte udlånsaktiviteter, så den kunne udvide sine forretninger markant.

(27) LBB betalte eller betaler i gennemsnit 0,25 % ([12]) for at kunne disponere over den særlige IBB-reserve, dog kun for så vidt angår det beløb, der rent faktisk anvendes. Beløbet udbetales ikke til delstaten Berlin, men til IBB. Det skal i den forbindelse betænkes, at den del af den særlige IBB-reserve, der kunne anvendes som ansvarligt egenkapitalgrundlag, var langt større end det beløb, der rent faktisk blev anvendt. Midlerne blev først taget i brug fra 1995.

III. **BEGRUNDELSE FOR AT INDLEDE PROCEDUREN**

(28) Undersøgelsen tog udgangspunkt i det markedsøkonomiske investorprincip. Efter dette princip er det forhold, at en virksomhed ejes af det offentlige og tilføres offentlige midler, ikke afgørende for, om der er tale om statsstøtte. Tilførslen af offentlige midler udgør kun en begunstigelse, hvis den offentlige virksomhed får stillet egenkapital til rådighed af en offentlig investor på betingelser, den ikke ville have opnået under normale markedsvilkår.

(29) Kommissionen mente, at det derfor måtte undersøges i den foreliggende sag, om delstaten Berlin havde stillet de pågældende midler til rådighed på vilkår, hvorpå også en privat investor — den såkaldte markedsøkonomiske investor — ville have været rede til at stille midler til rådighed for en privat virksomhed. En investor, der disponerer ud fra markedsøkonomiske betragtninger, ville navnlig ikke stille midler til rådighed, hvis han ikke kunne forvente en normal godtgørelse på markedet for sin investering inden for et passende tidsrum.

(30) En gennemsnitlig sats på 0,25 % for de beløb, der blev taget i brug, kunne efter Kommissionens opfattelse næppe anses for en passende godtgørelse for delstaten, når selv den langfristede risikofrie sats (statsobligationer med ti års løbetid) var på ca. 7 % i 1992. Kommissionen gjorde videre gældende, at godtgørelsen ikke var blevet udbetalt direkte til delstaten, men til IBB, som er en afdeling under LBB, uanset at den som offentligretlig institution, der ikke er en juridisk person, og som delstatens centrale støtteorgan drives som organisatorisk og økonomisk uafhængig enhed under LBB. De beløb, der var taget i brug, var desuden, så vidt vides, væsentligt lavere end de beløb og de dele af den særlige reserve, LBB kunne anvende som ansvarligt egenkapitalgrundlag. Det styrkede egenkapitalgrundlag gjorde det imidlertid netop muligt for LBB at øge sin udlånskapacitet og dermed at udvide sine forretninger.

(31) Kommissionen konstaterede ved den foreløbige vurdering, at oplysningerne om størrelsen af den del af IBB's kapital, der kunne anvendes som sikkerhed, af det faktisk anvendte beløb og af godtgørelsen var ufuldstændige, eller at der slet

([10]) EFT L 386 af 30.12.1989, s. 14. Afløst af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2000/12/EF (EFT L 126 af 26.5. 2000, s. 1).

([11]) EFT L 124 af 5.5.1989, s. 16. Afløst af direktiv 2000/12/EF.

([12]) 0,25 % før skat og 0,11 % efter skat ifølge en anmærkning i den tabel, der er fremsendt for 1995-1998. Det fremgår dog ikke, hvilke former for skatter der er tale om.

ikke forelå sådanne oplysninger, og gik i første omgang ud fra »ca. 2 mia. DEM« som et foreløbigt beløb for de overdragne og disponible midler.

(32) Kommissionen anerkendte dog, at den særlige LBB-reserve ikke tilførte likvide midler, fordi WBK's henlæggelser, der var opført som særlig IBB-reserve, ifølge Gesetz über die Errichtung der IBB af 25. november 1992 primært skulle anvendes til at finansiere IBB's støtteaktiviteter, selv om den fungerede som ansvarlig egenkapital i henhold til KWG, og fordi LBB ikke umiddelbart kan anvende de overdragne midler til sine udlånsforretninger. Ville LBB udvide sine forretninger, var den derfor nødt til at refinansiere den samlede ekstra udlånsvolumen på kapitalmarkedet, og delstaten kan derfor ikke forvente den samme forrentning som en investor, der stiller likvid kapital til rådighed.

(33) For så vidt angår beregningen af en godtgørelse ud fra det markedsøkonomiske investorprincip, meddelte Kommissionen, at den på dette stadium — under hensyn til de særlige forhold i den konkrete sag — agtede at anvende den metode, der var blevet beskrevet i beslutning 2000/392/EF.

(34) Efter denne metode beregnes den passende godtgørelse for den kapital, der kan anvendes som sikkerhed for konkurrenceudsatte aktiviteter, ud fra den normale godtgørelse på markedet for investeringer i almindelig likvid selskabskapital. Der fastsættes derefter et tillæg eller et nedslag for at tage hensyn til de særlige forhold ved foranstaltningen (før investorskat). Herfra fratrækkes nettoudgifterne ved refinansiering (bruttoudgifterne ved refinansiering minus gældende skat, særlig selskabsskat) for at tage højde for den likviditetsmæssige ulempe som følge af den ikke-likvide investering i selskabskapital.

(35) Tyskland havde gjort gældende, at LBB gav et stort afkast i årene før og efter overdragelsen, og at dens egenkapitalforrentning lå på 5,37 % i 1991, 13,5 % i 1992 og 30,83 % i 1993. Hertil bemærkede Kommissionen, at der ikke var redegjort for beregningsgrundlaget. Uden nærmere oplysninger var den ikke i stand til at vurdere dette argument for, at der ikke var noget element af støtte i foranstaltningen. De tyske myndigheder havde også gjort gældende, at delstaten Berlin havde fået en korrekt godtgørelse for IBB-kapitalens garantifunktion, da den solgte sine passive kapitalinteresser i 1994 og sine afkastkrav i 1998 (ekskl. IBB i begge tilfælde) til BGB. Der manglede imidlertid også nærmere oplysninger herom.

(36) Kommissionen konstaterede sammenfattende, at den manglede vigtige oplysninger for at kunne vurdere kapitalindskuddet og godtgørelsen korrekt og tilpas detaljeret. I beslutningen om at indlede den formelle undersøgelse bad den derfor Tyskland om at fremsende disse oplysninger, herunder en fuldstændig oversigt over alle overdragne midler, og at oplyse det beløb, der var blevet godkendt som LBB's ansvarlige egenkapital, det faktisk anvendte beløb og godtgørelserne, begrundelsen for godtgørelsen, beregningsgrundlaget for LBB's egenkapitalforrentning, ajourførte tal og samtlige faktorer, der efter Tysklands opfattelse sikrede en normal forrentning på markedet.

(37) Kommissionen nærede dog på baggrund af de disponible oplysninger alvorlig tvivl om, hvorvidt delstaten Berlin havde fået en normal godtgørelse/forrentning på markedet for de ca. 2 mia. DEM, der var blevet overdraget, og som LBB efter alt at dømme kunne disponere over som ansvarligt kapitalgrundlag i næsten fuldt omfang, og som ifølge Tyskland havde givet LBB en gunstig stilling i forhold til konkurrenterne. Kommissionen drog derfor den foreløbige konklusion, at der formentlig var tale om eller risiko for konkurrenceforvridning og — på grund af de stadig mere integrerede markeder for finansielle tjenesteydelser — påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne. Foranstaltningen skulle derfor formentlig anses for statsstøtte i henhold til EF-traktatens artikel 87, stk. 1. Da ingen af undtagelsesbestemmelserne i EF-traktatens artikel 87, stk. 2 og 3, fandt anvendelse i det foreliggende tilfælde, antog Kommissionen, at der, hvis der var tale om statsstøtte, var tvivl om, hvorvidt den var forenelig med fællesmarkedet.

(38) Da det hverken var blevet gjort gældende af Tyskland eller af andre juridiske eller fysiske personer, at LBB udfører tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse i henhold til EF-traktatens artikel 86, stk. 2, kunne Kommissionen ikke konkludere, at støtten kunne godkendes i henhold til EF-traktatens artikel 86, stk. 2. Kommissionen gik ud fra, at dette forhold ikke er relevant ved vurderingen af den konkrete foranstaltning i den endelige beslutning, hvis situationen forbliver uændret.

(39) Kommissionen anførte videre, at den ved sin foreløbige vurdering og i overensstemmelse med artikel 1, litra b), i Rådets forordning (EF) nr. 659/1999 af 22. marts 1999 om fastlæggelse af regler for anvendelsen af EF-traktatens artikel 93 ([13]) går ud fra, at foranstaltningen, hvis der er tale om støtte, er ny støtte og ikke en eksisterende støtte. Kommissionen henviste i den forbindelse til forordningens artikel 15, stk. 2, og påpegede, at forældelsesfristen blev afbrudt ved de foranstaltninger, der er beskrevet i beslutningen om at indlede proceduren, bl.a. Kommissionens brev af 12. januar 1993, 10. november 1993, 13. december 1993 og 1. september 1999, beslutningen om at indlede proceduren i det foreliggende tilfælde og beslutningen om at indlede proceduren og den endelige beslutning 2000/392/EF i WestLB's tilfælde. Da den mulige støtte ikke var blevet anmeldt og havde været i kraft, siden den blev indført, konstaterede Kommissionen også, at beslutningen om at indlede proceduren ikke ændrede ved den opsættende virkning af EF-traktatens artikel 88, stk. 3, tredje punktum, for så vidt angår Tysklands pligt til ikke at gennemføre foranstaltningen, før Kommissionen har truffet sin endelige beslutning.

([13]) EFT L 83 af 27. 3. 1999. Senest ændret ved tiltrædelsesakterne fra 2003.

IV. KOMMENTARER FRA TYSKLAND

(40) Tyskland redegjorde i sine bemærkninger allerførst for grundene til overdragelsen af det daværende WBK (senere IBB) og forklarede, at delstatens mål dengang havde været at skabe en »stærk bankkoncern«, og at dette havde forekommet gunstigt ikke kun for de fusionerede kreditinstitutter, men også for delstaten Berlin som ejer og dens banksektor. Tyskland understregede i den forbindelse, at kravet om at opfylde kapitalprocenterne efter de nye solvensregler — modsat i WestLB's tilfælde — for LBB ikke havde spillet nogen rolle for overdragelsen, hvad der også fremgik af, at LBB først havde anvendt IBB's (tidligere WBK's) ansvarlige egenkapital ultimo 1995.

(41) Tyskland bekræftede, at 1,902714 mia. DEM af LBB's ansvarlige egenkapital, som finanstilsynet havde fastsat pr. 31. december 1992, svarede til forhøjelsen som følge af de overdragne midler. Heraf svarede 187,5 mio. DEM til forhøjelsen af LBB's grundkapital ([14]) og 1,715214 mia. DEM til WBK's henlæggelser, ekskl. årets overskud på 190,586 mio. DEM. Med virkning pr. den 1. januar 1993 overgik alle WBK's opgaver til IBB, som blev overdraget til LBB. LBB disponerede over den overdragne kapital og den særlige reserve som ansvarlig kernekapital med virkning pr. den 1. januar 1993.

(42) Den særlige IBB-reserve steg ifølge Tyskland støt i de efterfølgende år. LBB havde dog ikke disponeret over hele den særlige IBB-reserve, da en del af den hvert år skulle bruges til at dække IBB's støtteaktiviteter. Tyskland fremsendte nøjagtige oplysninger for hvert år i perioden 1993-2003, som er angivet i skemaet i betragtning 149.

(43) Da IBB blev udskilt fra LBB, fik delstaten Berlin den særlige reserve tilbage den 1. september 2004, og delstaten indskød ca. 1,1 mia. EUR af reserven i LBB som to passive kapitalindskud.

(44) IBB's oprindelige grundkapital på 187,5 mio. DEM forblev i LBB's grundkapital. LBB var blevet solgt til BGB i 1994 (75,01 % af kapitalandelene) og 1998 (24,99 % af kapitalandelene).

(45) Tyskland leverede også yderligere supplerende oplysninger. Tyskland forklarede, at kun en del af den særlige reserve var blevet anvendt som sikkerhed. Det beløb, der var blevet anvendt som sikkerhed fra og med december 1995, varierede således fra ca. 212 mio. DEM i 1995 til lidt over […] (*) mia. DEM i de senere år. De godtgørelser, IBB havde modtaget for de beløb, der var blevet anvendt fra december 1995 (mellem lidt over 1 mio. DEM i 1995/96 og […] mio. DEM i 2001), blev beregnet på månedsbasis ud fra en rentesats, der var på mellem 0,2 % (1998) og 0,35 % (1996) i det pågældende tidsrum. De præcise beløb, der blev oplyst af Tyskland, er anført i skemaet i betragtning 142.

(46) Som begrundelse for fastsættelsen af godtgørelsen for de dele af den særlige IBB-reserve, der blev anvendt, fremsendte Tyskland en bestyrelsesbeslutning fra juni 1993. Ifølge denne beslutning skal IBB have udbetalt en godtgørelse for denne kapitalbelastning (det faktisk anvendte beløb) svarende til, hvad det koster at optage efterstillet ansvarlig kapital. Beslutningen blev i 1995 præciseret med det resultat, at godtgørelsen blev ligestillet med et tillæg, fordi der er tale om efterstillet kapital. Dette blev begrundet med, at LBB i stedet kunne have valgt at optage efterstillet kapital på markedet, og at ikke kun denne kapitals garantifunktion, men også dens udbyttefunktion havde været disponibel for LBB i fuldt omfang.

(47) Tyskland gjorde imidlertid gældende, at da den særlige IBB-reserve kun opfyldte garantifunktionen, var forskellen mellem rentesatsen for normal fremmedkapital, der ikke opfylder denne garantifunktion, og for kapital, der også opfylder denne funktion, blevet fastsat som »prisen« for den erhvervede brugsfunktion. Tillægget blev beregnet i basispoint i forhold til LIBOR (London Interbank Offered Rate) på grundlag af nærmere fastsatte vilkår og eksterne markedsdata for efterstillede lån. Beregningsgrundlagene og de statistiske oplysninger blev fremsendt som bilag.

(48) Som begrundelse for sin beslutning om kun at godtgøre den del af den særlige IBB-reserve, der blev anvendt, anførte Tyskland bl.a., at IBB disponerede over den særlige reserve som foranstillet kapital, og at det i første omgang var LBB, der skulle afvikle sine risikobetonede aktiver eller optage efterstillet kapital på markedet, hvis den foranstillede kapital ikke slog til. Delstaten Berlin kunne som ejer af IBB til enhver tid trække dele ud af den særlige reserve.

(49) Tyskland gjorde i den forbindelse også gældende, at de likvide midler af den særlige IBB-reserve var bundet i IBB's eksisterende forretninger, og at de ikke var disponible for LBB til finansieringsformål. IBB var nødt til selv at dække sine udlånsaktiviteter med egne midler og at tage den særlige reserve i brug hertil. Tyskland anførte, at disse særlige forhold gjorde, at WBK-formuen ikke kunne sammenlignes med frit disponible finansielle aktiver, og at det derfor kun var garantifunktionen og dermed den forretningsudvidende funktion, der kom på tale.

(50) Det var i den forbindelse uvæsentligt, om godtgørelsen blev betalt til delstaten eller til IBB, da delstaten som garant for både IBB og LBB under alle omstændigheder ville drage fordel heraf, enten via LBB's værditilvækst og udbytteudlodninger eller via tilførsler til den særlige IBB-reserve, som delstaten har krav på.

([14]) Beløbet regnes ikke mere som aktiver.

(*) Fortrolig oplysning, herefter […].

(51) Ud over disse bemærkninger om den direkte godtgørelse havde Tyskland dog helt principielt det standpunkt, at det ikke var en faktor eller ikke var den eneste faktor, når der skal tages stilling til, om man vil foretage en investering, og at der ifølge fast retspraksis skal sondres mellem investorer, der ikke har og heller ikke ønsker at have væsentlige interesser i den pågældende virksomhed, men som ønsker en hurtig forrentning af deres investering, og investorer, der som f.eks. holdingselskaber betragter investeringen på lang sigt. Sidstnævnte var ifølge Tyskland styret af forventningerne til virksomhedens rentabilitet på længere sigt og tog også hensyn til strategiske betragtninger.

(52) Da investeringen blev foretaget, var delstaten som eneejer af LBB gået ud fra, at den ville drage fuld og direkte fordel af LBB's værditilvækst som følge af overdragelsen af WBK. Går man ud fra det vurderingskriterium, Kommissionen anvendte i beslutning 2000/392/EF ([15]), måtte det ifølge Tyskland antages, at en investor, der disponerer ud fra markedsøkonomiske betragtninger, ikke ville acceptere en finansiel foranstaltning, hvis virksomhedens finansielle situation er sådan, at der ikke kan forventes en normal forrentning (i form af udbytte eller værditilvækst) inden for et passende tidsrum. Afgørende var i den forbindelse den forrentning, der blev forventet, da beslutningen om at foretage investeringen blev taget.

(53) Tyskland gjorde oprindelig gældende, at LBB havde en egenkapitalforrentning på 13,5 % i 1992 og 30,83 % i 1993. Disse tal, der allerede var blevet fremsendt i 1999, skulle sammenholdes med forholdet mellem resultatet før (udbytte-)skatter og den regnskabsmæssigt opførte egenkapital primo samme år. Tyskland havde dog, da man fremsendte tallene, ikke medregnet den særlige IBB-reserve i LBB's egenkapital fra 1993. På anmodning fra Kommissionen blev der rådet bod herpå ved at fremsende talrækker, der omfattede et længere tidsrum. For perioden 1985-1992 gav disse tal en gennemsnitlig egenkapitalforrentning på ca. 13 %.

(54) Tyskland anførte, at disse tal lå inden for de værdier, som private tyske banker ville have fået i samme tidsrum. Der forelå dog ingen oplysninger, der var opnået ved hjælp af en sammenlignelig metode for andre banker. Tyskland indsendte senere sine egne beregninger, der var foretaget på basis af de offentliggjorte resultatopgørelser for 35 tyske banker ([16]). Går man ud fra resultatet før skat set i forhold til den regnskabsmæssigt opførte egenkapital primo samme år, havde disse banker en gennemsnitlig egenkapitalforrentning på ca. 11 % i 1992 og 13 % i tidsrummet mellem 1988-1992.

([15]) Se fodnote 2, betragtning 162.

([16]) Resultatopgørelser offentliggjort i virksomhedsdatabasen Hoppenstedt; de 35 udvalgte banker er de 4 store private banker, 5 andre private banker, 17 offentligretlige institutioner, 2 andelsbanker og 7 hypotekbanker.

(55) Tyskland anførte videre, at rentabiliteten erhvervsøkonomisk set er afgørende, når man skal tage stilling til, om man vil foretage en investering, og at rentabiliteten for bankers vedkommende nemmest kan afledes af resultatet af de almindelige forretninger eller ved at se driftsresultatet i forhold til den regnskabsmæssigt opførte egenkapital, da der dermed ikke tages hensyn til ekstraordinære indtægter og udgifter. I 1990-1992 havde forholdene således været ekstraordinære for LBB, særlig som følge af integreringen af »Sparkasse Ost« og den dermed forbundne opbygning af en egen pensionsordning, samtidig med at der skulle betales kompensation for at træde ud af Tysklands og delstatens pensionskasse og tages højde for de almindelige bankrisici, der gjorde sig gældende for den tidligere »Sparkasse Ost«.

(56) For så vidt angår opnåelsen af egenkapitalforrentninger ved hjælp af sammenlignelige metoder for andre banker i samme tidsrum, anførte Tyskland, at der først fra 1993 havde været krav om at opføre ekstraordinære resultater og resultater af de almindelige forretninger hver for sig i resultatopgørelsen, og at det ikke kan sammenlignes med den metode, der blev anvendt før 1993, da ekstraordinære indtægter og udgifter — og andre poster — indtil da havde været opført sammen i posten »øvrige indtægter/udgifter« og derfor ikke kunne angives præcist. For tiden før dette tidspunkt indsendte Tyskland sine egne beregninger. I sagens videre forløb rettede og supplerede Tyskland også metoden til at beregne LBB's egenkapitalforrentninger for at gøre tallene for LBB sammenlignelige med Deutsche Bundesbanks officielle undersøgelser for tyske banker i almindelighed. Det ændrede ifølge Tyskland ikke ved den grundlæggende vurdering, at LBB's egenkapitalforrentninger lå inden for branchens gennemsnit.

(57) Samtlige tal viser efter Tysklands opfattelse, at LBB var en lønsom virksomhed, da kapitalen blev indskudt. Delstaten Berlin var ifølge Tyskland eneejer og den eneste, der ville nyde godt af bankens kommercielle succes, hvad enten der var tale om udbytteudlodninger eller en værdistigning. Delstaten ville derfor ikke skulle dele den forventede provenustigning med andre ejere, og for en markedsøkonomisk investor var den næsten »koncerninterne« investering en fornuftig transaktion. Spørgsmålet om, hvorvidt der blev betalt en godtgørelse for LBB's kapitalindskud, og hvor stor den i givet fald var, var ifølge Tyskland derfor uden betydning for vurderingen af overdragelsens markedsøkonomiske karakter.

(58) Kommissionen havde udtrykkelig anvendt dette bedømmelseskriterium i sin beslutning 2000/392/EF: »En måde til at sikre en passende forrentning af den investerede kapital havde derfor været at øge delstatens andel i WestLB i samme omfang, såfremt bankens samlede rentabilitet svarer til den normale forrentning, som en markedsøkonomisk

investor forventer af sin investering. Dette havde gjort det overflødigt at undersøge spørgsmålet om, hvorvidt godtgørelsen på 0,6 % er passende, men delstaten valgte ikke denne fremgangsmåde ([17]).«

(59) Tyskland anførte i den forbindelse videre, at den stigning i LBB's værdi, der fulgte af WBK-formuen, efter at LBB var overdraget til BGB, tilfaldt delstaten. Overdragelsen til BGB (i tre etaper i 1994 og 1998) af 100 % af den økonomiske ejendomsret til LBB var ifølge Tyskland blevet gennemført på grundlag af ekspertvurderinger, som forskellige revisorer og en investeringsbank havde udarbejdet om værdien af delstatens passive kapitalinteresser i LBB og om, hvorvidt modydelserne — dvs. de overdragne BGB-kapitalandele, herunder også i forhold til andre ejere — svarede til almindelig markedspraksis. Tyskland fremsendte relevante uddrag af de pågældende ekspertvurderinger og brevvekslingen med revisorerne. LBB's værdi blev således anslået til ca. 3,5 mia. DEM i 1993 (ekskl. IBB selv, men under hensyn til LBB's øgede kernekapitalprocent som følge af den særlige reserve) og — af en anden ekspert — til næsten 6 mia. DEM pr. 31. december 1997.

(60) Tyskland mente desuden, at den metode, Kommissionen havde anvendt i beslutning 2000/392/EF, var forkert, fordi den byggede på, at indskuddene kunne sammenlignes med almindelige investeringer i likvid selskabskapital. Metoden tog ikke højde for de særlige forhold ved den pågældende transaktion. Der burde ifølge Tyskland anvendes sammenlignelige egenkapitalinstrumenter som udgangspunkt for beregningen. Det kunne ganske vist være svært, som Kommissionen allerede påpegede i WestLB-sagen, men vanskelighederne blev ikke overvundet, hvis man anvendte et fuldstændig uegnet egenkapitalinstrument så at sige til at »omgå« problemet.

(61) Tyskland gjorde videre gældende, at det var forkert at bruge den gennemsnitlige forrentning som målestok. Ifølge Tyskland var det først en forrentning, der var lavere end den margen, investorer har som spillerum, der ikke var acceptabel for private investorer. Endelig var det forkert kun at fratrække nettoudgifterne ved refinansiering og ikke de samlede refinansieringsomkostninger. Eventuelle skattebesparelser, virksomheden får, var ifølge Tyskland uvæsentlige for investor. En yderligere vurdering viste desuden ifølge Tyskland, at modellen ikke er acceptabel, for en investor, der indskyder ikke-likvid kapital, råder stadig over kapitalens udbyttefunktion, så han kan reinvestere kapitalen og i hvert fald få den risikofrie forrentning, dvs. han ville få »dobbelt« udbytte.

(62) Tyskland gjorde desuden gældende, at forældelsesfristen var udløbet (artikel 15, stk. 1, i forordning (EF) nr. 659/1999), og at Kommissionen derfor ikke havde beføjelse til at kræve eventuel støtte tilbagebetalt. Principbeslutningen om overdragelsen af WBK var allerede blevet truffet den 16. juni 1992, dvs. over ti år før, beslutningen om at indlede proceduren blev forkyndt den 4. juli 2002. Den grundlæggende hensigt havde været at samle delstatens bankinteresser og WBK i et holdingselskab (senere BGB), forudsat at WBK's støtteaktiviteter kunne videreføres, og at funktionen som offentlig myndighed og skattefritagelsen blev sikret. Beslutningen havde siden hen været offentligt kendt, og Kommissionen var i 1999 blevet orienteret om, hvornår beslutningen var blevet truffet.

(63) Tyskland gjorde gældende, at Kommissionen i en række beslutninger allerede havde givet udtryk for, at den anså det ansvarlige organs hensigtserklæring — endog med betingelser — for det tidspunkt, hvor støtten blev gennemført. Det var også den holdning, Kommissionen havde indtaget i beslutningen om redningsstøtte til BGB ([18]), selv om den pågældende beslutning af 22. maj 2002 stadig skulle have været godkendt af Berlins parlament og Kommissionen.

(64) Desuden havde fristen ifølge Tyskland ikke været afbrudt, jf. artikel 15, stk. 2, andet punktum, i forordning (EF) nr. 659/1999, der bestemmer, at fristen kun kan afbrydes af foranstaltninger truffet af Kommissionen. Det skete først med brevet om at indlede proceduren, dateret den 4. juli 2002, og ikke med anmodningen om oplysninger, som ikke var foranstaltninger truffet af Kommissionen eller det ansvarlige medlem af Kommissionen. Ifølge Tyskland måtte det også betænkes, at forældelsesfristen skulle garantere retssikkerheden, ikke kun i forbindelserne mellem Kommissionen og medlemsstaterne, men også støttemodtagerens retssikkerhed. Da det var i beslutningen om at indlede proceduren, at Tyskland første gang blev opfordret til at sende støttemodtageren en kopi af brevet, hvad man gjorde den 9. juli 2002, blev forældelsesfristen først afbrudt fra denne dag. Eftersom det var beslutningen af 16. juni 1992, der var den foranstaltning, der skal undersøges for at vurdere, om der var tale om støtte, ville der — hvis der i det hele taget var tale om støtte — være tale om eksisterende støtte, jf. artikel 15, stk. 3, i forordning (EF) nr. 659/1999.

V. BEMÆRKNINGER FRA ANDRE INTERESSEREDE PARTER

(65) Efter at beslutningen om at indlede proceduren var offentliggjort i EF-Tidende ([19]), modtog Kommissionen i oktober og november bemærkninger fra hhv. Berliner Volksbank (»BV«) og den tyske bankforening, Bundesverband deutscher Banken (»BdB«).

(66) BV var af den opfattelse, at der ved overdragelsen af WBK var tale om støtte, fordi der var blevet stillet kapital til rådighed på betingelser, som en markedsøkonomisk investor ikke ville have accepteret. BV gjorde gældende, at udbetalingerne blev foretaget af LBB til IBB, som selv blev drevet som afdeling under LBB, og at den aftalte rentesats på 0,25 % lå langt under de normale satser på markedet, hvad der f.eks. fremgik af beslutning 2000/392/EF (WestLB) og 95/547/EF ([20]) og 98/490/EF ([21]) (Crédit Lyonnais), hvor man var gået ud fra en forventet egenkapitalforrentning på

([17]) Se fodnote 2, betragtning 182.

([18]) NN 53/2001; Kommissionens beslutning af 25. juli 2001.

([19]) Se fodnote 1.

([20]) EFT L 308 af 21.12.1995, s. 92.

([21]) EFT L 221 af 8.8.1998, s. 28.

mindst 12 %. Støtten resulterede ifølge BV i en alvorlig konkurrenceforvridning i Fællesskabet, men med særlig store konsekvenser for konkurrencen i Berlin, hvor BGB, herunder også LBB (inkl. Berliner Bank og Berliner Sparkasse), var markedsførende på privat- og erhvervskundeområdet. Sammenlignet hermed var BV en lille konkurrent med markedsandele på 5-7 % og var derfor særlig berørt af de negative konsekvenser af støtten. BV sluttede sine bemærkninger med at anmode Kommissionen om at kræve støtten tilbagebetalt.

(67) BdB påpegede allerførst, at der var tale om en sag i en række af undersøgelser fra Kommissionens side, nemlig angående overdragelsen af delstaternes Wohnungsbauförderungsanstalten til delstatsbankerne, som havde konkurrenceudsatte aktiviteter. Også i LBB's tilfælde var det ifølge BdB de skærpede egenkapitalkrav i solvensdirektivet, der havde været afgørende, hvad der stred imod, hvad Tyskland havde gjort gældende. At det forholdt sig sådan, fremgik også af det tidspunkt, hvor overdragelsen fandt sted, og af udsagn fra den daværende ansvarlige senator, som også havde nævnt de europæiske egenkapitalkrav, som man havde forventet blev skærpet. Støttemæssigt var der derfor ingen relevant forskel mellem den pågældende overdragelse af WBK til LBB og overdragelsen af WfA til WestLB, så den metode, Kommissionen havde anvendt i beslutning 2000/392/EF, også kunne anvendes i den foreliggende sag.

(68) BdB gjorde videre gældende, at sagen ikke kun drejede sig om den særlige reserve, men også om overdragelsen af WBK's kapital på 187,5 mio. DEM, som var blevet tilført LBB's tegnede kapital, hvad der udgjorde en økonomisk fordel, da det påvirkede bankens rating og vilkårene for at skaffe fremmedkapital. Den kernekapital, der var godkendt af finanstilsynet, voksede i kraft af overdragelsen, og det var langt vigtigere. Da denne kapital havde været til rådighed som ansvarlig kapital i fuldt omfang, selv om den særlige reserve primært skulle anvendes til støtteformål, var øremærkningen ikke afgørende. Afgørende var den økonomiske fordel ved den forretningsudvidende funktion, især da netop kernekapital har en stor løftestangseffekt (en stigning i udlånskapaciteten på 12,5 gange ved 100 % risikovægtede aktiver som f.eks. lån til virksomheder og på 25 gange ved 50 % risikovægtede aktiver som f.eks. lån til offentlige myndigheder). Blev der optaget supplerende kapital, kunne der med en kernekapital på (hypotetisk) 1 mia. EUR og en risikovægtning på 50 % endda gives lån på indtil 50 mia. EUR.

(69) Til beregning af, hvad der er en normal godtgørelse på markedet, henviste BdB til den anerkendte metode, Kommissionen havde anvendt i beslutning 2000/392/EF, og til benchmarken for en normal forrentning på markedet på 12 % og desuden til de tillæg og nedslag, der derefter blev foretaget på grund af transaktionens særlige karakter. Under alle omstændigheder kunne hverken de 0,25 %, der var blevet betalt til IBB, eller salget til BGB af de passive kapitalindskud og afkastkravene i 1994 og 1998 betragtes som en normal godtgørelse på markedet.

(70) For det første bør der ifølge BdB ved betalingen ikke kun tages udgangspunkt i det faktisk anvendte beløb, og for det andet var IBB en del af LBB, så LBB så at sige havde betalt til sig selv og ikke til delstaten. Hertil kom, at Tysklands argument om, at den særlige reserves garantifunktion var blevet godtgjort korrekt i 1994, da der blev oprettet en atypisk passiv kapitalinteresse i LBB for BGB, ikke var overbevisende, da der manglede vigtige oplysninger om værdierne, og da det principielt ikke var korrekt kun at se det ud fra støttegiverens synspunkt. Statsstøtteretligt relevant var overdragelsen til LBB af WBK med virkning efter den 31. december 1992, de fordele, det indebar for LBB, og de konkurrenceforvridninger, det førte med sig, og ikke spørgsmålet om, hvorvidt støttegælden efterfølgende var blevet indfriet. Desuden var LBB's overførsel til BGB blot en koncernintern transaktion, da BGB også var majoritetsejet af delstaten. Lignende gjaldt for overførslen til BGB af de resterende krav på 24,99 % af afkastene i 1998. Under alle omstændigheder var støtteelementet ikke blevet fjernet fuldt ud inden 1998.

(71) BdB supplerede senere dette punkt, men længe efter den frist, tredjemand har til at fremsætte bemærkninger ifølge forordning (EF) nr. 659/1999, og anførte bl.a., at den salgsværdi, der ved oprettelsen af BGB var blevet beregnet for LBB og for de passive kapitalinteresser i LBB, ikke havde omfattet IBB, så det ifølge BdB syntes udelukket, at der i salgsværdien af de passive kapitalinteresser i LBB var taget hensyn til den særlige IBB-reserves garantifunktion.

(72) For så vidt angår tilbagebetalingsfristen på ti år i artikel 15, stk. 1, i forordning (EF) nr. 659/1999, anførte BdB, at den først begyndte at løbe med Gesetz über die Errichtung der IBB med virkning pr. 1. januar 1993 og derfor tidligst kunne udløbe den 31. december 2002. Fristen var dog blevet afbrudt ved de foranstaltninger, Kommissionen havde truffet, jf. artikel 15, stk. 2, i forordning (EF) nr. 659/1999. Bestemmelsen var formuleret bredt og dækkede enhver handling fra Kommissionens side som led i undersøgelserne, herunder også anmodninger om oplysninger. Hvordan bestemmelsen i øvrigt skulle fortolkes, fremgik af Rådets forordning (EØF) nr. 2988/74 af 26. november 1974 om forældelse af adgangen til at pålægge økonomiske sanktioner inden for Det Europæiske Fællesskabs transport- og konkurrenceret og af adgangen til tvangsfuldbyrdelse af disse sanktioner ([22]), som bestemmer, at afbrydelsen er knyttet til »ethvert skridt, der foretages med henblik på at undersøge eller forfølge en overtrædelse«.

([22]) EFT L 319 af 29.11.1974, s. 1. Ændret ved forordning (EF) nr. 1/2003 (EUT L 1 af 4.1.2003, s. 1).

Desuden havde Tyskland selv bedt Kommissionen om at afvente, at stridspunkterne blev afklaret i WestLB-sagen, hvad der ifølge BdB i sig selv var grund nok til, at forældelsesfristen ikke kunne påberåbes.

VI. TYSKLANDS SVAR PÅ BEMÆRKNINGERNE FRA ANDRE INTERESSEREDE PARTER

(73) Tyskland henviste i sit svar af 16. december 2002 i alt væsentligt til sine bemærkninger til beslutningen om at indlede proceduren og sit anbringende, at der ikke var tale om statsstøtte i den foreliggende sag. Derudover nøjedes Tyskland med at komme med sammenfattende kommentarer til enkelte punkter i de to sæt bemærkninger.

(74) For så vidt angår BV's og BdB's vurdering af overførslen af WBK som statsstøtte, anførte Tyskland, at det ikke var nok kun at se på den månedlige godtgørelse. Ifølge Tyskland skulle der snarere ses på referenceværdier som f.eks. — alt efter kapitalindskuddet — forrentningen (af et lån), herunder også garantistillelse, udbytte eller kapitalforøgelse. LBB havde imidlertid været en lønsom virksomhed i den relevante periode (1992/93), og økonomisk set var det derfor en fornuftig beslutning at overdrage WBK-formuen til LBB's ansvarlige egenkapital. WestLB og LBB kunne derfor — modsat hvad BdB og BV hævdede — ikke sammenlignes med hinanden. Desuden var det — i betragtning af den (dengang) verserende WestLB-sag — forkert at henvise til den metode, der blev anvendt i WestLB-sagen, som en anerkendt metode, således som BdB gjorde.

(75) Modsat hvad BdB gjorde gældende, var det ifølge Tyskland ubestridt og klart anført i beslutningen om at indlede proceduren, at overdragelsen af WBK ud over LBB's anvendelse af den særlige reserves garantifunktion også havde øget LBB's regnskabsmæssigt opførte egenkapital med 187,5 mio. DEM, og at dette beløb også var blevet godkendt som ansvarlig egenkapital af finanstilsynet. Spørgsmålet om, hvorvidt den regnskabsmæssigt opførte egenkapital skulle betragtes som en økonomisk fordel, var — modsat i WestLB-sagen — ikke relevant i den foreliggende sag, da der ikke kunne sondres mellem godkendte og ikke godkendte dele af kapitalen. Forhøjelsen af den regnskabsmæssigt opførte egenkapital og af de overdragne reserver udgjorde ikke støtte (se betragtning 40-64).

(76) Det var desuden forkert at antage, at der ved en kernekapital på hypotetisk 1 mia. EUR kunne gives lån på indtil 50 mia. EUR. Det var ganske vist ubestridt, at den særlige IBB-reserve havde en garantifunktion og en forretningsudvidende funktion, da den var godkendt af finanstilsynet, men fordelen omfattede kun det beløb, der faktisk blev anvendt af LBB. Løftestangseffekten på 1:50 var også principielt helt grundløs.

(77) Når man anvender det markedsøkonomiske investorprincip, skal der ifølge Tyskland tages udgangspunkt i en investor, der er i en sammenlignelig situation. I den foreliggende sag havde delstaten som investor valgt at binde den særlige reserves likviditet i IBB's forretninger og ikke at stille kapitalen til rådighed for LBB til finansieringsformål. Delstaten opnåede selv forrentninger med kapitalen (se betragtning 40-64). Desuden var det stadig kun delstaten, der havde krav på den særlige IBB-formue, også efter at LBB var overført til BGB. Derfor var det ifølge Tyskland også forkert at hævde, at LBB havde betalt den godtgørelse, IBB havde fået, til sig selv. Desuden var det normalt for en markedsøkonomisk investor at overdrage godtgørelseskrav til tredjemand, særlig når tredjemand er en virksomhed eller en formuemasse, som ejes helt af investoren.

(78) Endelig blev det anført med henvisning til bemærkningerne fra BV og til den sammenligning, BV har foretaget af BV's egne og BGB's markedsandele, at BV stod stærkere på markedet i Berlin, end det havde oplyst. Den var det næststørste kreditinstitut, og dens markedsandele svarede formentlig til 60-70 % af BGB's og — selv når det gælder indlån fra privatkunder — ca. 1/3 af BGB's markedsandele.

VII. AFTALEN MELLEM BDB, DELSTATEN BERLIN OG LBB

(79) Den 7. oktober 2004 underrettede Tyskland Kommissionen om resultaterne af en aftale mellem klageren (BdB), delstaten Berlin og LBB. Uden at det berører de principielle retsopfattelser, som aftaleparterne fortsat har, er parterne blevet enige om, hvad de selv anser for passende parametre til at fastsætte en passende godtgørelse for WBK-formuen. Parterne har anmodet Kommissionen om at tage hensyn til resultaterne af aftalen, når den træffer sin afgørelse.

(80) Parterne fastsatte allerførst på grundlag af den metode, der er beskrevet i nærmere enkeltheder i beslutning 2000/392/EF, at en sats på 10,19 % var en passende minimumsgodtgørelse for den særlige WBK-reserve. Delstaten var eneejer, og der blev derfor ikke aftalt yderligere tillæg, f.eks. som kompensation for ikke at få ekstra stemmerettigheder. Til sidst blev der fastsat et nedslag på 3,62 %, fordi kapitalen ikke var likvid (ud fra den risikofrie rentesats udtrykt som bruttoudgifter ved refinansiering, heraf ca. 50 % selskabsskat plus et solidaritetstillæg til beregning af nettoudgifterne ved refinansiering). Dette gav en passende godtgørelse på 6,57 %.

(81) Aftalen indeholder intet om en eventuel godtgørelse for den del af WBK-formuen, som ikke kan anvendes til LBB's konkurrenceudsatte forretninger.

(82) Der blev ikke fastsat noget nedslag ud fra refinansieringsomkostningerne for IBB's grundkapital på 187,5 mio. DEM, der blev overført til LBB's grundkapital, da der var tale om likvide midler. Grundkapitalen blev overført til BGB i to

omgange i 1994 og 1998, og parterne blev derfor enige om, at grundkapitalen kun skulle godtgøres frem til disse to tidspunkter, i begge tilfælde proportionelt.

(83) Parterne kunne ikke nå til enighed om, hvorvidt der skal tages hensyn til en eventuel værditilvækst som følge af overførslen af LBB. Efter delstatsbankens opfattelse resulterede overførslen af LBB i 1994 og 1998 i en værditilvækst.

VIII. VURDERING AF FORANSTALTNINGEN

1. *DET GRUNDLÆGGENDE SPØRGSMÅL OM FORÆLDELSESFRISTEN*

(84) For så vidt angår spørgsmålet om, hvorvidt eventuelle krav om tilbagebetaling er forældet, har Tyskland som skæringstidspunkt angivet en afgørelse truffet den 16. juni 1992 af Berlins senat om dannelse af et bankholdingselskab i Berlin. I afgørelsen, som Kommissionen ligger inde med, bestemmes det imidlertid kun, at Berlins bankinteresser skal tilrettelægges på en anden måde. Det bestemmes i den forbindelse, at Berliner Banken-Holding AG oprettes, og at Landesbank Berlin — Girozentrale -, Berliner Bank AG og … Berliner Pfandbrief-Bank samles under holdingselskabet. Afgørelsen bestemmer ikke, at formuen overdrages.

(85) Den pågældende foranstaltning, dvs. overdragelsen til LBB af WBK-formuen, skete først med virkning pr. 1. januar 1993. Foranstaltningens økonomiske virkning, dvs. forhøjelsen af LBB's egenkapital og den øgede udlånskapacitet, den førte med sig, satte derfor først ind den 1. januar 1993. Før denne dato kan der ikke være ydet statsstøtte i det foreliggende tilfælde.

(86) Selv om man antog, at foranstaltningen blev ydet den 16. juni 1992, dvs. flere måneder før overdragelsestidspunktet, kan man ikke, som Tyskland har gjort gældende, gå ud fra, at Kommissionens beføjelser til at kræve tilbagebetaling er forældet, jf. artikel 15, stk. 1, i forordning (EF) nr. 659/1999. Tyskland er af den opfattelse, at beslutningen af 4. juli 2002 om at indlede proceduren er den første kommissionsforanstaltning, der afbryder forældelsesfristen, bl.a. også fordi det var i denne beslutning, at Tyskland for første gang blev anmodet om at sende støttemodtageren en kopi af dette brev.

(87) Kommissionen er uenig i denne opfattelse. Artikel 15, stk. 2, i forordning (EF) nr. 659/1999 omhandler »enhver foranstaltning«, der træffes af Kommissionen, og ikke en formel indledning af proceduren. I den foreliggende sag var de forskellige foranstaltninger, der blev truffet af Kommissionen, herunder anmodningerne om oplysninger om LBB, og under alle omstændigheder anmodningen om oplysninger fra september 1999 nok til at afbryde forældelsesfristen. Det er således ikke et krav, at LBB havde kendskab til Kommissionens foranstaltninger. Retten i Første Instans har fastslået i sin dom af 10. april 2003 i sag T-366/00 (Scott SA mod Kommissionen) ([23]), at den omstændighed, at støttemodtageren ikke havde kendskab til de anmodninger om oplysninger, som Kommissionen tilsendte medlemsstaten, ikke fratager disse deres retsvirkning over for støttemodtageren. Kommissionen er imidlertid ikke forpligtet til at underrette potentielt interesserede parter, herunder støttemodtageren, om de foranstaltninger, som den træffer vedrørende ulovlig støtte inden iværksættelsen af den administrative procedure. Retten fastslog derfor, at den pågældende anmodning om oplysninger var en foranstaltning i henhold til artikel 15 i forordning (EF) nr. 659/1999, som afbrød forældelsesfristen, selv om støttemodtageren på daværende tidspunkt ikke havde kendskab til brevvekslingen. ([24]) Derudover forekommer det usandsynligt, at LBB ikke skulle have haft kendskab til Kommissionens anmodninger om oplysninger, da Tyskland besvarede dem i december 1999.

(88) Kommissionen har således beføjelse til at kræve støtten tilbagebetalt i den foreliggende sag.

2. *STATSSTØTTE I HENHOLD TIL EF-TRAKTATENS ARTIKEL 87, STK. 1*

(89) Det er fastsat i EF-traktatens artikel 87, stk. 1, at bortset fra de i EF-traktaten hjemlede undtagelser er statsstøtte eller støtte, som ydes ved hjælp af statsmidler, og som fordrejer eller truer med at fordreje konkurrencevilkårene ved at begunstige visse virksomheder eller visse produktioner, uforenelig med fællesmarkedet i det omfang, den påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne.

2.a STATSMIDLER

(90) Med overdragelsen valgte delstaten Berlin en metode til at øge LBB's kapital ved at indskyde det almennyttige WBK/IBB, som havde delstaten Berlin som kautionist og ejer. Indskuddet betød, at LBB's ansvarlige egenkapital, som var blevet godkendt af finanstilsynet ved brev af 24. februar 1993, blev forhøjet med ca. 1,9 mia. DEM. Heraf svarede 187,5 mio. DEM til forhøjelsen af LBB's grundkapital som følge af den grundkapital, der inden havde tilhørt det tidligere WBK ([25]), og ca. 1,715 mia. DEM svarede til WBK's overskudsreserve (ekskl. overskuddet på næsten 200 mio. DEM for 1992), som siden hen er blevet opført som særlig reserve for IBB og er vokset støt.

(91) Overdragelsen af de ca. 1,9 mia. DEM og den omstændighed, at beløbet blev godkendt som kernekapital af finanstilsynet, har betydet, at LBB's udlånskapacitet og dermed dens mulighed for at udvide sine forretninger er øget markant. Med en risikovægtning på 100 % for alle fordringer (f.eks. ved lån til ikke-banker) ligger dette potentiale til at udvide forretningerne, hvis der ikke optages supplerende kapital, teoretisk set på 12,5 gange den ekstra, ansvarlige egenkapital (dvs. næsten 24 mia. DEM i dette tilfælde). Det er ikke muligt at fastslå præcist, hvor stort potentialet er i det enkelte

([23]) Sml. 2003 II, s. 1763.

([24]) Ibidem, præmis 60.

([25]) Beløbet henregnes ikke mere til IBB's aktiver.

tilfælde, da det hænger sammen med kundestrukturen, strategiplanlægningen og ydre faktorer, der ikke kan forudses. Spørgsmålet om, hvorvidt og hvordan et kreditinstitut helt nøjagtigt anvender ny egenkapital, er dog heller ikke afgørende ved vurderingen af transaktionen.

(92) Selv om IBB stadig havde brug for en del af kapitalen som sikkerhed for sine støtteaktiviteter, blev de overdragne midler godkendt af finanstilsynet og kunne derfor anvendes som sikkerhed for LBB, som var i konkurrence med andre kreditinstitutter. Der hersker derfor ingen tvivl om, at LBB fik overdraget statsmidler, der kunne give LBB en økonomisk fordel i forhold til dens konkurrenter, hvis den ikke har fået disse midler på markedsøkonomiske vilkår.

2.b BEGUNSTIGELSE AF EN BESTEMT VIRKSOMHED

(93) Ved undersøgelsen af, om overdragelsen af statsmidler til en offentlig virksomhed begunstiger denne virksomhed og dermed kan udgøre statsstøtte i henhold til EF-traktatens artikel 87, stk. 1, tager Kommissionen udgangspunkt i det såkaldte markedsøkonomiske investorprincip. Retten i Første Instans har anerkendt og videreudviklet dette princip i en række sager, senest i sin dom af 6. marts 2003 angående en lignende overdragelse til WestLB ([26]).

(1) ***Det markedsøkonomiske investorprincip***

(94) Efter dette princip skal det ikke betragtes som begunstigelse af en virksomhed, når der stilles midler til rådighed på vilkår, »som en privat investor ville finde acceptable at tilstå en tilsvarende privat virksomhed, når den private investor handler under normale markedsøkonomiske vilkår« ([27]). Til gengæld er der tale om begunstigelse i henhold til EF-traktatens artikel 87, stk. 1, når den aftalte godtgørelsesordning og/eller virksomhedens finansielle situation er af en sådan art, at der ikke kan forventes en normal forrentning inden for en rimelig frist.

(2) ***EF-traktatens artikel 295***

(95) Ifølge EF-traktatens artikel 295 berøres de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne ikke af traktaten. Dette berettiger dog ikke til at overtræde traktatens konkurrenceregler.

(96) Tyskland gør gældende, at midlerne ikke kunne have været anvendt rentabelt på andre måder end ved at indskyde dem i en lignende offentlig institution, fordi WBK-formuen var øremærket. Overdragelsen var derfor ifølge Tyskland den økonomisk set mest fornuftige måde at anvende formuen på. Enhver godtgørelse for overdragelsen, dvs. enhver yderligere forrentning af WBK-kapitalen, var derfor efter Tysklands opfattelse tilstrækkelig til at begrunde overdragelsen ud fra det markedsøkonomiske investorprincip.

(97) Denne argumentation er ikke holdbar. Det er muligvis korrekt, at overdragelsen til LBB af WBK og den mulighed, som banken dermed fik for at anvende en del af WBK-kapitalen som sikkerhed for konkurrenceudsatte forretninger, var den økonomisk set mest fornuftige måde at anvende midlerne på. Så snart offentlige midler og andre aktiver anvendes i forbindelse med kommercielle, konkurrenceudsatte aktiviteter, er de imidlertid omfattet af de almindelige markedsøkonomiske regler. Det vil sige, at staten, så snart den beslutter (også) at anvende aktiver, der er bestemt til offentlige formål, rent kommercielt, skal opkræve en godtgørelse herfor, som svarer til den normale godtgørelse på markedet.

(3) ***Ejerstrukturen***

(98) Det centrale spørgsmål ved denne vurdering er, om en privat investor, der handler under normale markedsøkonomiske vilkår, og som er af en størrelse, der kan sammenlignes med den offentlige sektors forvaltningsorganer, under tilsvarende omstændigheder kunne være foranlediget til at foretage den omhandlede kapitaltilførsel, således som Retten i Første Instans fastslog i sin dom i WestLB-sagen med henvisning til hidtidig retspraksis ([28]). »Endelig skal en offentlig og en privat investors adfærd sammenlignes under hensyn til den holdning, en privat investor ville have indtaget i forbindelse med den pågældende transaktion på grundlag af de foreliggende oplysninger og udsigterne på dette tidspunkt« ([29]), således som Retten videre fastslog med henvisning til andre domme. Det er derfor klart, at det afgørende ved vurderingen er, hvornår investeringen blev foretaget, og hvilke forventninger en investor med rette, dvs. ud fra de foreliggende oplysninger, kunne have på dette tidspunkt. Disse forventninger har i alt væsentligt at gøre med den sandsynlige forrentning.

(99) Delstaten Berlin var eneejer af LBB (og WBK). Selv om det betød, at man kunne se bort fra en fast aftalt godtgørelse (i gennemsnit 0,25 % af den del af den særlige reserve, der blev anvendt af LBB fra december 1995), kan det forhold, at delstaten Berlin var ejer, ikke i den foreliggende sag begrunde den lave direkte godtgørelse.

(100) Skulle man henholde sig til, at delstaten var ejer, ville det kræve, at der forelå en passende forretningsplan, en vurderingssagkyndigs vurdering eller en vurdering af den forrentning, der kunne forventes af den pågældende investering. De var imidlertid ikke udarbejdet på daværende tidspunkt. Kommissionen har derfor ingen oplysninger, der kan bruges til at efterprøve delstatens bemærkninger.

([26]) Se fodnote 3.

([27]) Kommissionens meddelelse til medlemsstaterne om anvendelse af EF-traktatens artikel 92 og 93 og af artikel 5 i Kommissionens direktiv 80/723/EØF om offentlige virksomheder i fremstillingssektoren, EFT C 307 af 13.11.1993, s. 3, se punkt 11. Meddelelsen omhandler ganske vist udtrykkeligt fremstillingssektoren, men princippet finder uden tvivl tilsvarende anvendelse på alle øvrige erhvervsgrene. For så vidt angår finansielle tjenesteydelser, er dette blevet bekræftet i en række kommissionsbeslutninger, f.eks. Crédit Lyonnais (EFT L 221 af 8.8.1998, s. 28) og GAN (EFT L 78 af 16.3.1998, s. 1).

([28]) Se fodnote 3, præmis 245.

([29]) Se fodnote 3, præmis 246.

(101) Kommissionen mener derfor, at den passende godtgørelse i den foreliggende sag skal fastsættes ud fra den direkte normale godtgørelse på markedet.

(4) ***Godtgørelse og godtgørelseselementer***

Kapitalgrundlaget for beregning af godtgørelsen

(102) Som fastsat i beslutning 2000/392/EF og bekræftet af Retten i Første Instans er det principielt den samlede værdi af den overdragne formue, der skal godtgøres. BAKred godkendte straks midlerne som kernekapital i fuldt omfang, og derfor kunne LBB disponere over dem som sikkerhed fra den 1. januar 1993, bortset fra de midler, der hvert år skulle bruges til støtteaktiviteter. Den kapital, der skulle bruges som sikkerhed for støtteaktiviteterne, og som LBB ikke kunne udnytte, skal dog trækkes fra de beløb, der hvert år voksede fra dette tidspunkt.

(103) Værdien af den særlige WBK/IBB-formue og den kapital, der skulle bruges til IBB's støtteaktiviteter, varierede eller steg støt fra primo 1993. Tallene er angivet i skemaet i betragtning 142.

(104) WBK/IBB's grundkapital på 187,5 mio. DEM, der blev overført til LBB's grundkapital, var likvid kapital. I 1994 blev 75,01 % af LBB solgt til BGB, og i 1998 blev de resterende 24,99 % kapitalandele solgt til BGB for 1,5 mia. DEM. Grundkapitalen skal derfor henregnes til BGB fra 1998.

(105) Der er således tre grundlag til at beregne en passende godtgørelse: for det første den likvide kapital på 187,5 mio. DEM for 1993 og for 1994-1997 med en værdi på 46,9 mio. DEM (svarende til 24,99 % af kapitalandele), for det andet den særlige reserve og for det tredje den kapital, der skulle bruges til støtteaktiviteter. Da minimumsforrentningen er den samme for to første instrumenter, kan de i første omgang betragtes under et nedenfor.

Passende godtgørelse for grundkapitalen og den særlige reserve

(106) Finansielle investeringer af forskellig økonomisk karakter kræver forskellige forrentninger. Når det skal vurderes, om en investering er acceptabel for en investor, der disponerer ud fra markedsøkonomiske betragtninger, skal der derfor tages udgangspunkt i den pågældende finansielle foranstaltnings særlige økonomiske karakter og værdien for LBB af den kapital, der er tilført.

Sammenligning med andre egenkapitalinstrumenter

(107) Når det skal fastslås, hvad der er en passende godtgørelse, er det vigtigt, hvilke andre egenkapitalinstrumenter indskuddet af WBK-kapitalen kan sammenlignes med, da de forskellige instrumenter på markedet godtgøres forskelligt. For så vidt angår aftalen, går BdB, delstaten og LBB ud fra, at indskuddet kan sammenlignes med en investering i selskabskapital.

(108) Også Kommissionen mener, at overførslen af WBK svarer mest til en investering i selskabskapital. Dette kan utvivlsomt antages, for så vidt angår grundkapitalen, og behøver ikke at drøftes nærmere her. Det gælder dog også, for så vidt angår den særlige reserve, som BAKred også godkendte som kernekapital.

(109) Det skal i den sammenhæng først og fremmest påpeges, at det forholdsvis brede spektrum af innovative egenkapitalinstrumenter, som kreditinstitutter i dag har til rådighed i flere lande, endnu ikke fandtes i Tyskland, da det i 1993 blev besluttet at overdrage WBK til LBB. En række af disse instrumenter er først udviklet senere, og andre fandtes allerede, men var ikke godkendt i Tyskland. Det ville derfor ikke være på sin plads at sammenligne den særlige reserve med sådanne innovative instrumenter, der for størstedelens vedkommende først blev udviklet senere, og som til dels kun er til rådighed i andre lande.

(110) Kommissionen er også af den opfattelse, at den særlige reserve, der er godkendt som kernekapital, ikke kan sammenlignes med passive kapitalindskud, når man fastsætter den passende godtgørelse. Det er i den forbindelse en vigtig betragtning for Kommissionen, at indskuddet netop ikke blev foretaget i form af et passivt kapitalindskud, men som særlig reserve. BAKred godkendte da også indskuddet som reserve og ikke som passivt kapitalindskud i henhold til KWG's § 10. Den omstændighed, at den tyske tilsynsførende myndighed har behandlet indskuddet som reserve, taler for, at den kapital, der blev stillet til rådighed, snarere kan sammenlignes med selskabskapital end med passive kapitalindskud.

(111) Desuden er risikoen for at miste i hvert fald en del af den indskudte kapital ved konkurs eller likvidation heller ikke mindre end risikoen ved en investering i selskabskapital, for WBK-formuen udgør en stor del af LBB's egenkapital, og LBB anvendte i mange år en stor del af de aktiver, der blev stillet til rådighed, til at dække risikobetonede aktiver.

Likviditetsmæssige ulemper ved den særlige reserve

(112) Med en »normal« kapitaltilførsel til en bank får banken både likviditet og et egenkapitalgrundlag, som er en tilsynsmæssig betingelse for, at den kan udvide sine aktiviteter. For at udnytte bankens kapital fuldt ud, dvs. for at udvide sine 100 % risikovægtede aktiver med en faktor på 12,5 (dvs. 100 divideret med solvensnøgletallet på 8 %), er banken nødt til at foretage en 11,5 gange så stor refinansiering på finansmarkederne. Forenklet sagt fremkommer forrentningen af egenkapitalen som forskellen mellem 12,5 gange modtagne og 11,5 betalte renter af denne kapital minus bankens øvrige omkostninger (f.eks. administrationsudgifter) ([30]).

([30]) I virkeligheden er sagen naturligvis langt mere kompliceret, f.eks. på grund af ikke-balanceførte poster, forskellige risikovægte for aktiver og poster med nulrisiko. Det ændrer dog intet ved det centrale i dette udsagn.

(113) Bortset fra grundkapitalen på 187,5 mio. DEM fik LBB i første omgang ikke tilført likviditet som følge af overdragelsen af WBK-formuen. LBB har derfor yderligere finansieringsomkostninger svarende til kapitalbeløbet, hvis den skaffer de nødvendige midler på finansmarkederne for fuldt ud at udnytte de aktivitetsmuligheder, som den får i kraft af den ekstra egenkapital, dvs. for at udvide de risikovægtede aktiver med 12,5 gange kapitalbeløbet (eller for at bevare eksisterende aktiver af denne størrelsesorden) ([31]).

(114) På grund af disse ekstra omkostninger, som ikke opstår ved egenkapital, der tilføres i anden form, skal der foretages et tilsvarende nedslag ved beregningen af en passende godtgørelse. En investor, der disponerer ud fra markedsøkonomiske betragtninger, kan ikke forvente at få den samme godtgørelse som ved tilførsel af kontant kapital.

(115) Kommissionen er imidlertid af den opfattelse, at der ikke skal tages højde for den samlede refinansieringssats. Refinansieringsomkostninger er driftsudgifter og nedsætter dermed den skattepligtige indkomst. Bankens nettoresultat falder således ikke med det beløb, der yderligere betales i renter. En del af disse udgifter udlignes nemlig gennem en lavere selskabsskat. Det er kun nettoudgifterne, der skal tages i betragtning som en ekstra byrde for LBB som følge af den overførte kapitals særlige karakter. Alt i alt anerkender Kommissionen således, at der for LBB opstår yderligere »likviditetsomkostninger« svarende til »refinansieringsomkostninger minus skat«.

(116) Parterne gik under forhandlingerne om aftalen — ligesom ved aftalen om Hamburgische Landesbank, hvor overdragelsen skete på samme tidspunkt — ud fra en langsigtet risikofri sats på 7,23 %. Derudover blev parterne enige om at gå ud fra en fast skattesats på 50 % ([32]). Herved kom man frem til en nettorefinansieringssats på 3,62 % og dermed et tilsvarende likviditetsnedslag. Nedslaget gælder kun for den særlige reserve.

Beregning af den minimumsgodtgørelse, der kan påregnes for den særlige reserve og grundkapitalen

(117) En investor, der handler ud fra markedsøkonomiske betragtninger, baserer sine afkastforventninger på de historiske gennemsnitsforrentninger, der i reglen også giver ham en forestilling om virksomhedens fremtidige resultater, og på de konklusioner, han bl.a. drager af en analyse af virksomhedens forretningsmodel i det tidsrum, investeringen vedrører, virksomhedsledelsens strategi og kvalitet og udsigterne i den pågældende branche. Virksomheder, der har brug for kapital, skal overbevise potentielle investorer om, at de på lang sigt mindst kan give den forrentning, der i gennemsnit forventes af virksomheder, der har en tilsvarende risikoprofil, og som er aktive i samme branche. Kan en virksomhed ikke leve op til forventningerne om en forrentning, der mindst svarer til gennemsnittet, vil investoren ikke foretage investeringen, men overveje at investere i en anden virksomhed, som har bedre udsigter ved samme risiko.

(118) Der er forskellige metoder til at beregne den passende minimumsgodtgørelse. De rækker fra forskellige typer finansieringsmodeller til capital asset pricing-modellen (CAPM-modellen). For at illustrere de forskellige modeller er det nyttigt at sondre mellem to komponenter, nærmere bestemt en risikofri forrentning og en projektspecifik risikopræmie: passende minimumsforrentning af en risikobetonet investering = risikofri basissats + risikopræmie for den risikobetonede investering. Den passende minimumsforrentning af en risikobetonet investering kan derfor beskrives som summen af den risikofrie forrentningssats og den ekstra risikopræmie for overtagelsen af risikoen ved den pågældende investering.

(119) I overensstemmelse hermed er grundlaget for enhver beregning af forrentningen altid en investering uden risiko for misligholdelse og med en formodet risikofri forrentning. Den risikofrie basissats bestemmes normalt ud fra den forventede forrentning af fastforrentede værdipapirer fra statslige emittenter (eller et indeks, der er baseret på sådanne værdipapirer), da der her er tale om investeringer med en relativ lav risiko. Risikopræmien beregnes dog forskelligt alt efter den pågældende model:

— *Finansieringsmodellen*: En investors forventede egenkapitalforrentning udgør fremtidige finansieringsomkostninger for den bank, der disponerer over kapitalen. Ved denne model bestemmer man først de historiske egenkapitalomkostninger, som sammenlignelige banker har haft. Det aritmetiske gennemsnit af de historiske kapitalomkostninger sættes derefter lig med de forventede fremtidige egenkapitalomkostninger og dermed lig med investors forventede forrentningskrav.

— *Finansieringsmodel med compound annual growth rate*: Det centrale ved denne model er, at der anvendes en geometrisk og ikke en aritmetisk middelværdi.

— *Capital asset pricing-modellen (CAPM-modellen)*: CAPM-modellen er den mest kendte og hyppigst afprøvede model inden for den moderne finansverden og kan anvendes til at beregne en investors forventede forrentning efter følgende formel: forventet forrentning = risikofri rentesats + (markedsrisikopræmie x beta). Betafaktoren er et udtryk for størrelsen af en virksomheds risiko i forhold til den samlede risiko for alle virksomheder. Risikopræmien for den pågældende investering fås ved at gange markedets risikopræmie med betafaktoren.

([31]) Situationen er den samme, hvis man ser på muligheden for at fremskaffe supplerende egenkapital i samme omfang som kerneegenkapitalen (faktor 25 i stedet for 12,5 i forhold til kerneegenkapitalen).

([32]) Ifølge materiale, Tyskland har forelagt, var selskabsskatten i 1992 på 46 %, hvortil kom solidaritetstillægget på 3,75 % (dvs. i alt 49,75 %). Den samlede skattesats faldt i 1993 til 46 % og var i perioden 1994-2000 på 49,5 %. Siden 2001 har den samlede skattesats udgjort 30 %.

(120) CAPM-modellen er den mest udbredte model til beregning af investeringsafkast for større børsnoterede virksomheder. Da LBB ikke er en børsnoteret virksomhed, er det imidlertid ikke umiddelbart muligt at aflede betaværdien. CAPM-modellen kan derfor kun anvendes ved hjælp af en anslået betafaktor.

(121) Tyskland ser generelt kritisk på CAPM-modellen. Da det kom til stykket, anvendte parterne ikke desto mindre CAPM-modellen i den aftale, de indgik, og nåede frem til en passende godtgørelsessats på 10,19 % for overførslen af grundkapitalen og den særlige reserve i LBB.

(122) Parterne baserede deres beregninger på CAPM-modellen og gik ud fra en risikofri basisrentesats på 7,23 % for LBB pr. 31. december 1992. Rentesatserne er beregnet ud fra en formodning om, at WBK-formuen skulle stilles varigt til rådighed for LBB. Parterne undlod derfor at anvende en risikofri forrentning på en bestemt dato — som sås på markedet på indskudstidspunktet — for en bestemt investeringsperiode (f.eks. ti års forrentning ved statsobligationer), da de ikke mente, at en sådan betragtning tog højde for reinvesteringsrisikoen, dvs. risikoen for ikke at kunne reinvestere kapitalen til den risikofrie rentesats efter investeringsperioden. Efter parternes opfattelse kan der bedst tages hensyn til investeringsrisikoen ved at lægge et afkastindeks, et såkaldt total return index til grund. Parterne anvendte derfor det REX10 Performance-indeks, der er fastlagt af Deutsche Börse AG, og som er udtryk for afkastet af en investering i obligationer udstedt af Forbundsrepublikken Tyskland med nøjagtig ti års løbetid. De i sagen anvendte indekstal omfatter ultimokurserne for REX10 Performance-indekset for årene fra 1970. Parterne beregnede derefter forrentningerne pr. år, som afspejler den trend, der også fremgår af det benyttede REX10 Performance-indeks for perioden 1970-1992, og nåede derved frem til ovennævnte risikofri basisrentesats på 7,23 % (31. december 1992).

(123) Da indskuddet skulle stilles varigt til rådighed for LBB, synes metoden til at beregne den risikofri basisrentesats at være hensigtsmæssig i dette særlige tilfælde. Desuden er det anvendte REX10 Performance-indeks alment anerkendt som datakilde. De beregnede risikofrie basisrentesatser synes derfor at være egnede til anvendelse i sagen.

(124) Betafaktoren på 0,74 blev anslået ud fra en ekspertvurdering, som KPMG havde foretaget ved hjælp af justerede betafaktorer for alle børsnoterede kreditinstitutter i Tyskland, og som Kommissionen ligger inde med. Denne betafaktor anses for passende på grundlag af ekspertvurderingen og under hensyn til LBB's forretningsstrategi.

(125) Markedsrisikopræmien på 4,0 % synes efter Kommissionens opfattelse også berettiget. Den såkaldte generelle langfristede markedsrisikopræmie, dvs. forskellen mellem den langfristede gennemsnitlige forretning af en almindelig aktieportefølje og statsobligationer, blev allerede behandlet flere gange i WestLB-sagen, som resulterede i beslutning 2000/392/EF. I de ekspertvurderinger, der blev udarbejdet i sagen, blev forskellen — alt efter metode, betragtet periode og datagrundlag — sat til ca. 3-5 %. Som eksempel kan nævnes, at der i en ekspertvurdering, der blev udarbejdet for BdB, blev regnet med hhv. 3,16 % og 5 %, at der i en anden ekspertvurdering, der blev udarbejdet for WestLB som led i samme sag, blev regnet med hhv. 4,5 % og 5 %, og at Lehman Brothers, der også arbejdede for WestLB, regnede med en sats på 4 %. På den baggrund ser Kommissionen ikke i den foreliggende sag grund til at fravige den markedsrisikopræmie, der blev anvendt i aftalen. Går man ud fra CAPM-modellen, hersker der efter Kommissionens opfattelse ingen tvivl om, at den minimumsgodtgørelse, parterne regnede sig frem til, kan anses for passende.

(126) Kommissionen mener derfor, at en sats på 10,19 % om året er en passende minimumsgodtgørelse (efter selskabsskat og før investorskat).

Intet forrentningstillæg på grund af et ejerskab på 100 %

(127) Det skal undersøges, om den fastsatte minimumsgodtgørelse bør justeres. I overensstemmelse med den fremgangsmåde, der blev anvendt i de øvrige sager angående delstatsbanker, kan følgende tre forhold berettige til et sådant tillæg på grund af transaktionens særlige karakter: at der for det første ikke blev udstedt nye kapitalandele i selskabet og dermed heller ikke tildelt nye stemmerettigheder, at der for det andet var tale om et ekstraordinært stort beløb, og at investeringen for det tredje ikke var fungibel.

(128) Som i de andre sager finder Kommissionen det ikke berettiget med et tillæg, for så vidt angår de to sidstnævnte forhold. Det er heller ikke muligt at foretage et tillæg for det forhold, at der ikke blev udstedt nye kapitalandele i selskabet og dermed heller ikke tildelt nye stemmerettigheder, eftersom delstaten Berlin allerede ejede 100 % af stemmerettighederne.

Ingen nedsættelse af godtgørelsen for at tage højde for aftalen om en fast godtgørelse

(129) Ved aktier afhænger godtgørelsen direkte af virksomhedens resultater, og den kommer primært til udtryk i form af udbytte og en andel i virksomhedens værditilvækst (f.eks. udtrykt i højere aktiekurser). Delstaten modtager en fast godtgørelse, hvis størrelse bør afspejle disse to aspekter af godtgørelsen for en »normal« kapitaltilførsel. Det kan hævdes, at den faste godtgørelse, som delstaten modtager i stedet for en godtgørelse, der er direkte knyttet til LBB's resultater, udgør en fordel, som retfærdiggør, at godtgørelsessatsen nedsættes. Hvorvidt en sådan fast godtgørelse rent faktisk er mere fordelagtig end en variabel udbytterelateret godtgørelse, afhænger af virksomhedens fremtidige resultater. Bliver resultaterne dårligere, er den faste sats en fordel for investor, men bliver de bedre, er den en ulempe. Den faktiske udvikling kan imidlertid ikke efterfølgende anvendes til at vurdere beslutningen om at foretage den pågældende investering. Kommissionen mener derfor, at godtgørelsessatsen ikke skal nedsættes af den grund.

Samlet godtgørelse for grundkapitalen og den særlige reserve

(130) På basis af alle disse betragtninger når Kommissionen frem til den konklusion, at en godtgørelse på 10,19 % om året (efter selskabsskat) ville have udgjort den normale minimumsgodtgørelse på markedet for kapitalen og den særlige reserve. Den særlige reserve var ikke likvid, og der skal derfor trækkes 3,62 % fra dette beløb for nettofinansieringsomkostningerne.

Passende godtgørelse for de beløb, der skulle bruges til støtteaktiviteter

(131) De beløb, der skulle bruges til støtteaktiviteter, er også af materiel værdi for LBB, og deres økonomiske funktion kan sammenlignes med den funktion, en garanti eller hæftelse har. En investor, der disponerer ud fra markedsøkonomiske betragtninger, ville kræve en passende godtgørelse for at overtage en sådan risiko. Aftalen mellem BdB, delstaten og LBB indeholder intet herom.

(132) Tyskland anså en godtgørelse på 0,3 % om året før skat for en passende basissats i WestLB-sagen ([33]). Eftersom WestLB og LBB generelt er sammenlignelige, og fordi der ikke er noget, der indikerer andet, går Kommissionen ud fra, at denne sats svarer til den godtgørelse, som LBB også skulle have betalt på markedet i begyndelsen af 1990'erne for at overtage en avalgaranti i egen favør.

(133) De argumenter, der i beslutning 2000/392/EF blev lagt til grund for at forhøje basissatsen, kan derimod ikke anføres i denne sag. I beslutning 2000/392/EF blev den nævnte sats på 0,3 % om året (før skat) forhøjet med et tillæg på yderligere 0,3 % om året, fordi avalgarantier i reglen er knyttet til bestemte transaktioner og er tidsbegrænsede (hvad der ikke var tilfældet ved WestLB), og fordi det beløb på over 3,4 mia. DEM, som WestLB havde fået stillet til rådighed, oversteg, hvad der normalt dækkes med bankgarantier af denne art.

(134) Det synes ikke nødvendigt at forhøje godtgørelsen på 0,3 % for at tage hensyn til den særlig store »garanti«, eftersom der var tale om ca. 170-350 mio. DEM årligt. At forhøje satsen for at tage hensyn til, at LBB principielt kunne disponere over WBK-formuen ubegrænset, er også tvivlsomt af de samme årsager som dem, der gjorde, at der ved godtgørelsen ikke blev foretaget et tillæg for den kapital, der var disponibel til konkurrenceudsatte forretninger, for delstaten havde mulighed for at trække formuen ud af LBB igen, hvad den også gjorde ultimo august 2004.

(135) Garantipræmien er en driftsudgift for LBB og mindsker derfor det skattepligtige udbytte. Godtgørelsen for WBK-formuen betales af udbyttet efter skat. Satsen på 0,3 % skal derfor principielt tilpasses med skattesatsen. Som ved refinansieringsomkostningerne går Kommissionen — i dette tilfælde til LBB's fordel — ud fra en fast skattesats på i alt 50 %. Kommissionen fastsætter derfor en sats på 0,15 % om året efter skat.

([33]) Se fodnote 2, præmis 221.

(5) ***Støtteelementet***

(136) Kommissionen mener på baggrund af ovennævnte beregninger, at en godtgørelse på 10,19 % om året efter skat for grundkapitalen, på 6,57 % om året efter skat for den del af den særlige reserve, LBB kunne anvende som sikkerhed for sine konkurrenceudsatte forretninger, og på 0,15 % om året efter skat for de beløb, der skulle bruges til støtteaktiviteter, men som var opført som egenkapital i balancen, er i overensstemmelse med markedsvilkårene.

(137) Ifølge de nævnte beregningsgrundlag og godtgørelser for de forskellige typer overført kapital skulle der som passende godtgørelse for de enkelte elementer og år have været betalt de beløb, der er angivet i skemaet i betragtning 142.

(138) Beløbene skal sammenholdes med de beløb, der allerede var aftalt som godtgørelseselementer, da investeringen blev foretaget. Det drejer sig efter Kommissionens opfattelse kun om den aftalte godtgørelse af forskellig størrelse (se skemaet i betragtning 142) for den del af den særlige reserve, der blev anvendt. Andre elementer — f.eks. de værdistigninger, Tyskland har anført, og udbytteudlodningen på 238 mio. DEM i 1993 — kan ikke modregnes.

(139) Tyskland har gjort gældende, at de værdistigninger, der blev opnået som følge af de to salg i 1994 og 1998, og udlodningen af 238 mio. DEM skal fradrages i den godtgørelse, der skal betales. Betalinger, der foretages — og værdistigninger, der opnås — efter investeringen, er uden betydning ved det markedsøkonomiske investorprincip, hvorefter investor enten kan forvente en passende godtgørelse eller vil aftale en direkte godtgørelse på baggrund af de oplysninger, han har på investeringstidspunktet. Udlodninger eller værdistigninger, som det ikke er muligt at beregne på forhånd, kan derfor ikke være en afgørende faktor. Det er heller ikke afgørende, om en værdistigning som følge af salg resulterer i overskud eller ej. Endelig er det uklart, hvorfor udlodningen af 238 mio. DEM skulle være foretaget på grundlag af den indskudte særlige reserve. Det kunne højst være acceptabelt at tage hensyn til betalingen rent proportionelt, nemlig ved at sammenholde den særlige reserve med LBB's øvrige egenkapital.

(140) Tyskland gjorde videre gældende, at formålet med overdragelsen bl.a. var at opnå potentielle synergieffekter og ikke at øge LBB's egenkapital. Da disse synergieffekter hverken betyder, at LBB's mulighed for at anvende den overdragne kapital øges, eller at omkostningerne som følge af overdragelsen bliver større for LBB, vil synergieffekterne formentlig heller ikke have indflydelse på størrelsen af den godtgørelse, som en markedsøkonomisk investor kan kræve af banken for den indskudte egenkapital. Også hvis delstaten opnår en reel fordel som følge af synergieffekterne, ville enhver konkurrent på grund af konkurrencen

være tvunget til at »betale« delstaten en »godtgørelse« i form af sådanne fordele for det finansielle instrument plus en passende godtgørelse for den indskudte egenkapital. Kommissionen mener derfor, at eventuelle synergieffekter ikke er en godtgørelse fra LBB's side for overdragelsen af WBK.

(141) Forskellen mellem den aftalte godtgørelse på ca. 0,25 % om året og den passende godtgørelse på 6,57 % om året (for den del af den særlige IBB-reserve, der kan anvendes til konkurrenceudsatte forretninger) eller 10,19 % om året for WBK-grundkapitalen og 0,15 % om året (for den del af formuen, der kan sidestilles med en bankgaranti) udgør derfor statsstøtte i henhold til EF-traktatens artikel 87, stk. 1.

(142) Støtteelementet er i overensstemmelse hermed sammensat som følger:

	Værdier (mio. DEM ultimo år)	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004 (1)	I alt	I alt EUR
1.	Særlig IBB-reserve	1 715,2	2 005,8	2 105,8	2 206,0	2 306,0	2 356,0	2 406,0	2 456,5	2 600,0	2 623,8	2 625,4	2 625,4		
	Beløb anvendt til støtteaktiviteter	168,7	180,1	273,2	323,8	346,4	233,6	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]		
	Resterende særlig reserve	1 546,5	1 825,7	1 832,6	1 882,2	1 959,6	2 122,4	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]		
	Rentesats	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %		
	Godtgørelse, der skal betales	101,6	119,9	120,4	123,7	128,7	139,4	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2.	WBK-grundkapital	187,5	46,9	46,9	46,9	46,9									
	Rentesats	10,19 %	10,19 %	10,19 %	10,19 %	10,19 %									
	Godtgørelse, der skal betales	19,1	4,8	4,8	4,8	4,8								38,2	19,5
	Garantiprovision	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %		
	Godtgørelse, der skal betales	0,253	0,270	0,410	0,486	0,520	0,350	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
3.	Allerede betalt godtgørelse	0,0	0,0	0,0	1,2	3,4	3,6	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
4.	Skyldig godtgørelse	121,0	125,0	125,6	127,7	130,6	136,2	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	1 584,5	810,14

(1) 1. januar til 31. august 2004. Efterfølgende blev 1,1 mia. EUR af den særlige IBB-reserve omdannet til passive indskud i LBB fra delstatens side med en normal godtgørelse på markedet.
D-marken er siden den 1. januar 1999 blevet omregnet til kurs 1,95583. De angivne tal i DEM skal omregnes til euro til denne kurs.

(143) Da IBB blev udskilt fra LBB, fik delstaten Berlin den særlige reserve tilbage pr. 1. september 2004, idet ca. 1,1 mia. EUR af den særlige reserve blev indskudt i form af to passive indskud i LBB fra delstatens side. Med udskilningen blev den begunstigelse, der skal undersøges her, bragt til ophør pr. 1. september 2004.

2.c KONKURRENCEFORVRIDNING OG PÅVIRKNING AF SAMHANDELEN MELLEM MEDLEMSSTATER

(144) Liberaliseringen af de finansielle tjenesteydelser og integrationen af finansmarkederne betyder, at banksektoren i Fællesskabet bliver stadig mere følsom over for konkurrenceforvridninger. Denne udvikling skærpes på nuværende tidspunkt yderligere som led i Den Økonomiske og Monetære Union, som reducerer de hindringer for konkurrencen, der stadig findes på markederne for finansielle tjenesteydelser.

(145) Den begunstigede LBB udfører bankforretninger på både regionalt og internationalt plan. LBB opfatter sig selv som en almindelig forretningsbank, centralbank for sparekasserne og stats- og kommunebank. Trods sit navn, sin tradition og sine lovbestemte opgaver var LBB på ingen måde kun en lokal- eller regionalbank.

(146) Heraf fremgår klart, at LBB udførte banktjenester i konkurrence med andre europæiske banker uden for Tyskland og — da banker fra andre europæiske lande driver virksomhed i Tyskland — i Tyskland.

(147) Det påpeges desuden, at der er en meget tæt sammenhæng mellem et kreditinstituts egenkapital og dets bankaktiviteter. En bank kan kun arbejde og udvide sine kommercielle aktiviteter, hvis den har en tilstrækkelig, godkendt egenkapital. Da LBB som følge af den statslige foranstaltning fik et sådant egenkapitalgrundlag til solvensmæssige formål, blev bankens aktivitetsmuligheder direkte påvirket.

(148) Det er derfor klart, at støtte til LBB fordrejer konkurrencevilkårene og påvirker samhandelen mellem medlemsstater.

3. *FORANSTALTNINGENS FORENELIGHED MED EF-TRAKTATEN*

(149) På basis af ovenstående kan det konstateres, at alle kriterier i EF-traktatens artikel 87, stk. 1, er opfyldt, og at overdragelsen af WBK-formuen derfor omfatter statsstøtte i henhold til nævnte artikel. På den baggrund skal det undersøges, om støtten kan betragtes som forenelig med fællesmarkedet. Det skal dog bemærkes, at Tyskland ikke har påberåbt sig nogen undtagelsesbestemmelser, for så vidt angår eventuelle støtteelementer i forbindelse med overdragelsen af formuen.

(150) Ingen af undtagelsesbestemmelserne i EF-traktatens artikel 87, stk. 2, finder anvendelse. Støtten har hverken social karakter eller ydes til enkelte forbrugere. Den har heller ikke til formål at råde bod på skader, der er forårsaget af naturkatastrofer eller af andre usædvanlige begivenheder, eller at opveje økonomiske ulemper, som Tysklands deling har forårsaget.

(151) Da støtten ikke har noget regionalt sigte — den har hverken til formål at fremme den økonomiske udvikling i områder, hvor levestandarden er usædvanlig lav, eller hvor der hersker en alvorlig underbeskæftigelse, eller at fremme udviklingen af visse økonomiske regioner — kan hverken EF-traktatens artikel 87, stk. 3, litra a), eller de regionale aspekter i EF-traktatens artikel 87, stk. 3, litra c), gøres gældende. Støtten har heller ikke til formål at fremme virkeliggørelsen af vigtige projekter af fælleseuropæisk interesse. Fremme af kulturen og bevarelse af kulturarven er heller ikke formålet med støtten.

(152) Da der ikke var risiko for LBB's økonomiske videreførelse, da foranstaltningen blev gennemført, rejser der sig ikke det spørgsmål, om sammenbruddet i et enkelt stort kreditinstitut som LBB i Tyskland kunne resultere i en generel krise inden for banksektoren, hvilket på grundlag af EF-traktatens artikel 87, stk. 3, litra b), kunne berettige til en støtte til afhjælpning af en alvorlig forstyrrelse i den tyske økonomi.

(153) I henhold til EF-traktatens artikel 87, stk. 3, litra c), kan støtte betragtes som forenelig med fællesmarkedet, hvis den fremmer udviklingen af visse erhvervsgrene. Dette kunne principielt også gælde for omstruktureringsstøtte i banksektoren. I det foreliggende tilfælde er betingelserne for at anvende denne undtagelsesbestemmelse imidlertid ikke til stede. LBB betragtes ikke som en kriseramt virksomhed, der bør have statsstøtte for at genoprette sin rentabilitet.

(154) EF-traktatens artikel 86, stk. 2, som under visse omstændigheder tillader undtagelser fra traktatens statsstøtteregler, gælder principielt også for sektoren for finansielle tjenesteydelser. Kommissionen bekræftede dette i sin rapport om tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse i banksektoren ([34]).

(155) Tyskland har ikke gjort gældende, at der ved en eventuel begunstigelse af LBB som følge af overdragelsen af WBK-formuen kun var tale om en modydelse for de omkostninger, der opstod for LBB ved udførelsen af dens public service-opgaver. Det er efter Kommissionens opfattelse klart, at overdragelsen blev gennemført for at gøre LBB i stand til at opfylde de nye egenkapitalkrav og ikke som modydelse for public service-opgaver.

(156) Da ingen af undtagelserne fra det principielle forbud mod statsstøtte, der er fastsat i EF-traktatens artikel 87, stk. 1, finder anvendelse, kan den foreliggende støtte ikke betragtes som forenelig med traktaten.

([34]) Rapporten blev forelagt for Rådet (økonomi og finans) den 23. november 1998, men den er ikke offentliggjort. Den kan rekvireres hos Kommissionens Generaldirektorat for Konkurrence og ligger på Kommissionens websted.

4. *IKKE EN EKSISTERENDE STØTTE*

(157) Overdragelsen af WBK-formuen kan heller ikke betragtes som omfattet af den eksisterende støtteordning med Anstaltslast og Gewährträgerhaftung.

(158) For det første er Gewährträgerhaftung en opfyldelsesgaranti for kreditorer for det tilfælde, at bankens formue ikke er stor nok til at opfylde forpligtelserne, hvad der ikke er tilfældet i den foreliggende sag. Kapitaltilførslen er ikke bestemt til at sikre LBB's kreditorer fyldestgørelse, og LBB's formue er heller ikke opbrugt.

(159) For det andet er der heller ikke tale om Anstaltslast. Ved Anstaltslast er den offentlige ejer forpligtet til at give LBB de fornødne midler for at kunne sikre delstatsbankens forskriftsmæssige drift, hvis delstaten beslutter sig for at videreføre den. Da kapitalindskuddet blev foretaget, befandt LBB sig imidlertid slet ikke i en situation, hvor det ikke længere var muligt at drive banken forskriftsmæssigt. Kapitalindskuddet var derfor ikke nødvendigt for at sikre LBB's forskriftsmæssige drift. LBB kunne derfor ud fra en bevidst økonomisk beregning fra delstatens side som medejer også fremover udnytte markedsmulighederne i forbindelse med sine konkurrenceudsatte aktiviteter. Det »nødvendighedskrav«, der er ved Anstaltslast, finder imidlertid ikke anvendelse på en sådan normal økonomisk beslutning truffet af delstaten. Da der ikke eksisterer en anden støtteordning i henhold til EF-traktatens artikel 87, stk. 1, og artikel 88, stk. 1, der kan finde anvendelse, skal kapitaltilførslen derfor betragtes som ny støtte i henhold til EF-traktatens artikel 87, stk. 1, og artikel 88, stk. 3.

5. *KONKLUSION*

(160) Den støtte, der er resultatet af overførslen af WBK/IBB pr. 1. januar 1993, kan hverken betragtes som forenelig med fællesmarkedet i henhold til EF-traktatens artikel 87, stk. 2 og 3, eller på grundlag af en anden bestemmelse i traktaten. Støtten erklæres derfor uforenelig med fællesmarkedet og skal afskaffes. Støtteelementet bør tilbagesøges af Tyskland -

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

Den statsstøtte på 810,14 mio. EUR, som Tyskland har ydet Landesbank Berlin — Girozentrale i tidsrummet mellem den 1. januar 1993 og den 31. august 2004, er uforenelig med fællesmarkedet.

Artikel 2

Tyskland træffer alle nødvendige foranstaltninger for at tilbagesøge den i artikel 1 omhandlede støtte, som allerede ulovligt er udbetalt til støttemodtageren.

Artikel 3

Tilbagesøgningen skal ske straks og i overensstemmelse med national lovgivning, hvis denne giver mulighed for at efterkomme beslutningen hurtigt og effektivt.

Den støtte, der skal tilbagebetales, pålægges renter fra det tidspunkt, den blev udbetalt til støttemodtageren, og indtil den er blevet tilbagebetalt.

Renterne beregnes i overensstemmelse med bestemmelserne i kapital V i Kommissionens forordning (EF) nr. 794/2004 ([35]).

Artikel 4

Tyskland underretter ved brug af spørgeskemaet i bilaget senest to måneder efter meddelelsen af denne beslutning Kommissionen om, hvilke foranstaltninger der er truffet for at efterkomme beslutningen.

Artikel 5

Denne beslutning er rettet til Forbundsrepublikken Tyskland.

Bruxelles, den 20. oktober 2004.

På Kommissionens vegne

Mario MONTI

Medlem af Kommissionen

([35]) EUT L 140 af 30.4.2004, s. 1.

BILAG

OPLYSNINGER OM GENNEMFØRELSEN AF KOMMISSIONENS BESLUTNING

1. **Beregning af det beløb, der skal tilbagebetales**

1.1. Der ønskes følgende oplysninger om beløbet for den ulovlige støtte, der er ydet støttemodtageren:

Dato (°)	Støttebeløb (*)	Valuta	Støttemodtagerens navn og adresse

(°) Datoerne for, hvornår støtten (eller støtterater) er stillet til støttemodtagerens rådighed (hvis en foranstaltning består af flere rater og tilbagebetalinger, benyttes særskilte linjer).
(*) Støttebeløb stillet til rådighed for støttemodtageren (i bruttosubventionsækvivalenter).

Bemærkninger:

1.2. Giv en detaljeret redegørelse for, hvordan de renter, der skal betales af den støtte, som skal tilbagesøges, vil blive beregnet.

2. **Planlagte og allerede trufne foranstaltninger for at tilbagesøge støtten**

2.1. Giv en detaljeret redegørelse for, hvilke foranstaltninger der er planlagt, og hvad der allerede er gjort for at sikre en hurtig og effektiv tilbagebetaling af støtten. Angiv desuden, hvilke andre foranstaltninger i henhold til national ret der giver mulighed for at sikre tilbagebetaling. Om muligt angives desuden retsgrundlaget for de trufne eller planlagte foranstaltninger.

2.2. Hvornår vil tilbagebetalingen være gennemført?

3. **Allerede tilbagesøgte beløb**

3.1 Der ønskes følgende oplysninger om de støttebeløb, der allerede er tilbagesøgt fra støttemodtageren:

Dato (°)	Tilbagesøgt beløb	Valuta	Støttemodtagerens navn og adresse

(°) Tilbagebetalingsdato.

3.2. Der bedes vedlagt dokumentation for tilbagebetaling af de støttebeløb, der er angivet i tabellen under punkt 3.1.