II

(Besluiten waarvan de publicatie niet voorwaarde is voor de toepassing)

COMMISSIE

BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 20 oktober 2004

betreffende een steunmaatregel van Duitsland ten behoeve van Landesbank Berlin — Girozentrale

(Kennisgeving geschied onder nummer C(2004) 3924)

(Slechts de tekst in de Duitse taal is authentiek)

(Voor de EER relevante tekst)

(2006/736/EG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, en met name op artikel 88, lid 2, eerste alinea,

Gelet op de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte, en met name op artikel 62, lid 1, onder a),

Na de lidstaat en andere belanghebbenden overeenkomstig de voornoemde artikelen te hebben aangemaand hun opmerkingen kenbaar te maken [1], en gezien hun opmerkingen,

Overwegende hetgeen volgt:

I. PROCEDURE

(1) Deze zaak heeft betrekking op de overdracht van Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin, met inbegrip van haar vermogen, door de deelstaat Berlijn aan de Landesbank Berlin — Girozentrale en hangt samen met zes andere zaken waarin een procedure is ingeleid tegen Duitsland wegens vermogensoverdrachten aan deelstaatbanken, met name de Westdeutsche Landesbank Girozentrale (hierna „WestLB" te noemen).

(2) Bij schrijven van 12 januari 1993 verzocht de Commissie Duitsland om inlichtingen omtrent de precieze omstandigheden van en de redenen voor een kapitaalverhoging bij WestLB door de incorporatie van de Wohnungsbauförderanstalt („WfA"), alsmede over gelijksoortige verhogingen van het eigen vermogen van andere deelstaatbanken. Duitsland antwoordde hierop in maart en september 1993 en gaf daarbij een beschrijving van de overdracht van Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin aan de Landesbank Berlin — Girozentrale. In november en december 1993 verzocht de Commissie om bijkomende inlichtingen, die in maart 1994 door Duitsland werden verstrekt. In het eerste van deze twee verzoeken om inlichtingen van de Commissie werd Berlijn expliciet genoemd.

(3) Bij schrijven van 31 mei 1994 en 21 december 1994 deelde de Duitse bankfederatie Bundesverband deutscher Banken e. V. („BdB"), die in Duitsland gevestigde particuliere banken vertegenwoordigt, de Commissie onder andere mee dat Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin („WBK") per 31 december 1992 met inbegrip van haar activa was opgegaan in de Landesbank Berlin — Girozentrale, waarbij tegelijkertijd de taken van WBK werden overgedragen aan de Investitionsbank Berlin („IBB"), die kort tevoren was opgericht als onderdeel van de Landesbank Berlin. BdB beschouwde de hiermee gepaard gaande verhoging van het eigen vermogen van de Landesbank Berlin als concurrentievervalsing ten gunste van deze bank, aangezien er geen vergoeding overeengekomen was die in overeenstemming was met het beginsel van de investeerder in een markteconomie. In haar tweede brief diende BdB daarom formeel een klacht in en verzocht zij de Commissie ten aanzien van Duitsland de procedure van artikel 93, lid 2, van het EG-Verdrag (thans artikel 88, lid 2) in te leiden. De klacht had tevens betrekking op soortgelijke vermogensoverdrachten aan de Westdeutsche Landesbank, de Norddeutsche Landesbank, de Landesbank Schleswig-Holstein, de Hamburger Landesbank en de Bayerische Landesbank. In februari en maart 1995 en in december 1996 hebben diverse banken zich individueel bij de BdB-klacht aangesloten.

[1] PB C 239 van 4.10.2002, blz. 12.

(4) De Commissie onderzocht eerst de vermogensoverdracht aan WestLB. Bij beschikking 2000/392/EG ([2]) verklaarde zij uiteindelijk in 1999 dat het verschil tussen de betaalde vergoeding en het marktconforme rendement een steunmaatregel behelsde die onverenigbaar was met de gemeenschappelijke markt, en bijgevolg gelastte zij de terugvordering van de verleende steun. Het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen heeft deze beschikking in zijn arrest van 6 maart 2003 ([3]) nietig verklaard omdat twee punten bij de berekening van de omvang van de vergoeding ontoereikend gemotiveerd waren. In alle andere opzichten werd de beschikking evenwel bevestigd. Tegelijk met deze beschikking geeft de Commissie, na kennis te hebben genomen van een akkoord tussen de klager en alle zeven deelstaatbanken waartegen een overeenkomstige procedure is ingeleid, een nieuwe beschikking waarbij rekening wordt gehouden met de punten van kritiek van het Gerecht.

(5) Op 1 september 1999 verzocht de Commissie Duitsland om inlichtingen over de overdrachten aan de andere deelstaatbanken, waaronder ook de Landesbank Berlin („LBB").

(6) Bij schrijven van 8 december 1999 verstrekte Duitsland inlichtingen over de overdracht van WBK aan de Landesbank Berlin, welke bij schrijven van 22 januari 2001 werden aangevuld. Voorts werd de kwestie van de overdracht en de mogelijke terugvordering van eventuele steun door vertegenwoordigers van Duitsland en de Commissie aan de orde gesteld in het kader van het onderzoek naar herstructureringssteun voor Bankgesellschaft Berlin AG („BGB"), waarvan de Landesbank Berlin sedert 1994 deel uitmaakt.

(7) Bij schrijven van 2 juli 2002 stelde de Commissie Duitsland in kennis van haar besluit om de procedure van artikel 88, lid 2, van het EG-Verdrag in te leiden ten aanzien van de steunmaatregel.

(8) Nadat een verlenging van de termijn was aangevraagd en toegestaan, zond Duitsland bij schrijven van 9 september 2002 zijn opmerkingen en bijkomende inlichtingen toe. Verdere vragen werden besproken tijdens bijeenkomsten met vertegenwoordigers van Duitsland op 27 september 2002.

(9) Het besluit van de Commissie tot inleiding van de procedure is op 4 oktober 2002 bekendgemaakt in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen ([4]). De Commissie verzocht de overige belanghebbenden hun opmerkingen kenbaar te maken. Naar aanleiding daarvan ontving zij opmerkingen van een concurrent en van BdB, welke in november 2002 aan Duitsland werden doorgezonden voor een reactie. Het antwoord van Duitsland werd bij schrijven van 16 december 2002 ontvangen.

(10) Desgevraagd zond Duitsland bij schrijven van 22 en 27 januari 2003, 28 februari 2003 en 19 augustus 2003 verdere informatie over de mogelijke steunmaatregel.

(11) Bij beschikking van 18 februari 2004 hechtte de Commissie haar goedkeuring aan de herstructureringssteun ten gunste van Bankgesellschaft Berlin AG, waarvan LBB deel uitmaakt. Deze beschikking had ook betrekking op een, als herstructureringssteun aangemerkte, overeenkomst die op 23 december 2002 tussen de deelstaat Berlijn en BGB werd gesloten over de afhandeling van eventuele terugbetalingsaanspraken van de deelstaat Berlijn die voortvloeien uit de onderhavige onderzoeksprocedure ([5]).

(12) Bij schrijven van 7 april 2004 verzocht de Commissie Duitsland om aanvullende inlichtingen over alle deelstaatbank-procedures en kreeg daarop antwoord bij brieven van 1, 2 en 28 juni 2004.

(13) Op 31 augustus 2004 werd de Investitionsbank Berlin (voorheen WBK) van de activa van LBB afgesplitst. In verband hiermee zond Duitsland op 25 augustus 2004 uitgebreide documentatie over de toepasselijke, wettelijke en andere regelingen aan de Commissie toe.

(14) Duitsland verstrekte op 27 september 2004 het ontwerp van een akkoord tussen de klager BdB, de deelstaat Berlijn en de Landesbank Berlin, waarvan de Commissie op 8 oktober 2004 een ondertekend exemplaar ontving. Het akkoord betrof de passende vergoeding voor de activa die met ingang van 1 januari 1993 aan LBB waren overgedragen. Daarnaast werden in vijf andere zaken overeenkomstige akkoorden inzake vermogensoverdrachten aan deelstaatbanken gesloten, die aan de Commissie werden toegezonden.

II. UITVOERIGE BESCHRIJVING VAN DE MAATREGELEN

1. *LANDESBANK BERLIN — GIROZENTRALE („LBB")*

(15) LBB werd in 1990 opgericht, waarbij tegelijkertijd de toenmalige *Sparkasse der Stadt Berlin West* aan haar als rechtsopvolger onder algemene titel werd overgedragen. Kort daarna werd ook de Oostberlijnse *Sparkasse der Stadt Berlin* aan LBB overgedragen. Sedertdien worden de spaarbankactiviteiten in de stad Berlijn door een afzonderlijke, juridisch onzelfstandige afdeling van LBB onder de naam „Berliner Sparkasse" uitgeoefend.

(16) LBB is een publiekrechtelijke instelling met de deelstaat Berlijn als aansprakelijke instantie en garant. Ten tijde van de overdracht van WBK eind 1992 was LBB voor 100 % eigendom van de deelstaat Berlijn; LBB had toen een balanstotaal van rond de 85 miljard DEM en bijna 7 000 werknemers. LBB is een algemene bank die actief is op het gebied van retailbanking (particuliere en zakelijke klanten) en vastgoedfinanciering, en die ook klanten uit de openbare sector bedient. Zij is ook in het buitenland actief. In 1992 vormden de retailactiviteiten van de Berliner Sparkasse de kernactiviteit van LBB.

([2]) PB L 150 van 23.6.2000, blz. 1.
([3]) Jurispr. 2003, blz. II-435.
([4]) PB C 239 van 4.10.2002, blz. 12.
([5]) Overwegingen 32 e.v. alsmede 141 van de beschikking van de Commissie betreffende herstructureringssteun ten gunste van Bankgesellschaft Berlin AG (nog niet in het Publikatieblad verschenen).

(17) Sedert 1994 behoort LBB tot het BGB-concern, een groep van instellingen die in datzelfde jaar gevormd is door de samenvoeging van verschillende kredietinstellingen waarover de deelstaat Berlijn voorheen de zeggenschap had. Als houdstermaatschappij heeft BGB sedert 1994 door middel van een atypisch derdenbelang van circa 75 % een aandeel in het vermogen en in de bedrijfsresultaten van LBB, met uitzondering van de centrale ontwikkelingsmaatschappij van de deelstaat IBB. Doordat de deelstaat als verantwoordelijke instantie voor de Landesbank in 1998 afstand deed van winstaanspraken ten gunste van BGB, werd laatstgenoemde economisch voor 100 % eigenaar. Het BGB-concern had in 2001 een balanstotaal van bijna 190 miljard EUR, in 2002 van circa 175 miljard EUR en in 2003 van circa 153 miljard EUR. Het balanstotaal van LBB bedroeg in 2001 circa 87 miljard EUR, in 2002 circa 85 miljard EUR en in 2003 circa 93 miljard EUR. De deelstaat Berlijn heeft momenteel een deelneming van ongeveer 81 % in BGB. Andere aandeelhouders zijn de Norddeutsche Landesbank met circa 11 % en Gothaer Finanzholding AG (Parion Versicherungsgruppe) met circa 2 %. Ongeveer 6 % van de aandelen bevindt zich in verschillende handen.

(18) BGB geraakte in de loop van 2001 in een acute crisis, hoofdzakelijk als gevolg van riskante onroerendgoedtransacties in het verleden, en werd vanwege ontoereikende basisvermogen- en solvabiliteitsratio's met prudentiële maatregelen van het Bundesaufsichtsamt für Kreditwesen („BAKred", thans „BAFin") ([6]) bedreigd. Daarop kreeg BGB in augustus 2001 een kapitaalinjectie van 2 miljoen EUR, waarvan 1,8 miljoen EUR van de deelstaat Berlijn, die door de Commissie in eerste instantie werd goedgekeurd als kortstondige reddingssteun. Nadat er nieuwe risico's waren geconstateerd, ontving BGB verdere steun van de deelstaat Berlijn, die tezamen met de kapitaalinbreng als herstructureringsmaatregelen werden aangemeld bij de Commissie, en door haar aan een diepgaand onderzoek werden onderworpen ([7]).

(19) Op 18 februari 2004 sloot de Commissie de onderzoeksprocedure af en hechtte haar goedkeuring aan steunmaatregelen met een economische waarde van in totaal ongeveer 9,7 miljard EUR. Deze beschikking had niet alleen betrekking op de kapitaalinbreng en de omvangrijke garanties die in het kader van de risicoafdekking werden verleend, maar ook op de overeenkomst die op 23 december 2002 werd gesloten tussen de deelstaat Berlijn en BGB inzake de afhandeling van eventuele terugbetalingsaanspraken van de deelstaat Berlijn die voortvloeien uit de onderhavige onderzoeksprocedure („terugbetalingsovereenkomst") ([8]).

(20) In het geval van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie in de onderhavige procedure regelt deze overeenkomst de verplichting van de deelstaat Berlijn om een saneringsbijdrage in LBB in te brengen ter hoogte van het bedrag dat noodzakelijk is om te voorkomen dat de in de overeenkomst genoemde vermogensratio's van LBB en/of het BGB-concern door de dreigende terugbetalingsverplichting worden onderschreden ([9]). Deze bijkomende maatregel werd in de loop van 2002 noodzakelijk geacht vanwege het aanzienlijk risico dat een mogelijke terugvordering zou betekenen voor het herstel van de levensvatbaarheid van het BGB-concern. De precieze economische waarde van deze steunmaatregel kon niet in het kader van de BGB-beschikking worden bepaald, aangezien de onderhavige onderzoeksprocedure nog niet was afgesloten. Met het oog op de toetsing van de herstructureringssteun aan het mededingingsrecht en met name om te beoordelen of de door Duitsland aangeboden compenserende maatregelen passend zijn ter beperking van de aanwezigheid op de markt, werd de theoretische bovengrens van deze maatregel op 1,8 miljard EUR becijferd.

(21) Samenvattend kan worden opgemerkt dat de terugbetalingsovereenkomst vanwege de hoogte van de compenserende maatregelen van Duitsland als verdere steun ten gunste van het BGB-concern in aanmerking werd genomen, hoewel deze overeenkomst alleen van toepassing is indien de Commissie bij beschikking terugvordering gelast en indien daardoor eventueel de in de overeenkomst vastgelegde vermogensratio's worden onderschreden.

2. *DE OVERDRACHT VAN WBK AAN LBB*

(22) In het kader van de herstructurering van de bankparticipaties van de deelstaat Berlijn, die uiteindelijk in 1994 in de oprichting van de BGB-groep uitmondde, werd in 1990 om te beginnen LBB opgericht, waaraan vervolgens eerst de spaarbanken van West-Berlijn en daarna die van Oost-Berlijn werden overgedragen. In een volgende fase werd in 1992 onder andere door de deelstaat Berlijn besloten tot de oprichting van IBB als een publiekrechtelijke instelling binnen LBB die organisatorisch en economisch zelfstandig was maar geen eigen rechtspersoonlijkheid had en die als de centrale ontwikkelingsmaatschappij van de deelstaat fungeerde. WBK was tot dan toe een zelfstandige publiekrechtelijke instelling met de deelstaat Berlijn als aansprakelijke instantie en garant. Zij had de opdracht van algemeen nut om woonruimte te scheppen en in stand te houden. WBK diende met al haar taken over te gaan op IBB, die meer ontwikkelingstaken kreeg toegewezen, bijvoorbeeld op het gebied van infrastructuur en milieubescherming. De transactie geschiedde op 31 december 1992 waarbij WBK samen met al haar activa werd overgedragen aan LBB als rechtsopvolger onder algemene titel.

(23) Bij de overdracht werd het nominale kapitaal van LBB verhoogd met het nominale kapitaal van WBK ten belope van 187,5 miljoen DEM. Dit bedrag wordt sedertdien niet meer tot het vermogen van IBB gerekend. De winstreserves van WBK bedroegen op 31 december 1992 1,9058 miljard DEM. Deze winstreserve van WBK werd en wordt als bestemmingsreserve van IBB opgevoerd.

(24) BAKred stelde het aansprakelijk vermogen van LBB per 31 december 1992 vast op 3,127714 miljard DEM, wat neerkwam op een verhoging met 1,902714 miljard DEM. Daarbij hield BAKred rekening met de verhoging van het nominale kapitaal met 187,5 miljoen DEM en met de winstreserves van WBK zonder de jaarwinst over 1992. In

([6]) Sinds 1 mei 2002, na de samenvoeging van het toezicht op banken, verzekeringen en beurzen: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFin).

([7]) PB C 141 van 14.6.2002, blz. 2.

([8]) Overwegingen 32 e.v. alsmede 141 van de beschikking van de Commissie betreffende herstructureringssteun ten gunste van Bankgesellschaft Berlin AG (nog niet in het Publikatieblad verschenen).

([9]) Overwegingen 32 e.v. alsmede 141 van de beschikking van de Commissie betreffende herstructureringssteun ten gunste van Bankgesellschaft Berlin AG (nog niet in het Publikatieblad verschenen).

de daaropvolgende jaren steeg het, als bestemmingsreserve opgevoerde, aansprakelijk vermogen van IBB gestaag.

3. *KAPITAALVEREISTEN OVEREENKOMSTIG DE RICHTLIJN EIGEN VERMOGEN EN DE SOLVABILITEITSRICHTLIJN*

(25) De Duitse wet op het kredietwezen (Kreditwesengesetz, hierna „KWG" genoemd) werd in 1993 bij de vierde wijzigingswet aangepast overeenkomstig Richtlijn 89/647/EEG van de Raad van 18 december 1989 betreffende een solvabiliteitsratio voor kredietinstellingen ([10]) (hierna „solvabiliteitsrichtlijn") en Richtlijn 89/299/EEG van de Raad van 17 april 1989 betreffende het eigen vermogen van kredietinstellingen ([11]) (hierna „richtlijn eigen vermogen" genoemd). Op grond van deze richtlijnen moet het aansprakelijk vermogen van de banken 8 % van hun naar risico gewogen activa bedragen. Daarvan bestaat ten minste 4 % uit zogenaamd basisvermogen (tier-1-vermogen), dat vermogensbestanddelen omvat waarover een kredietinstelling zonder restricties en direct moet kunnen beschikken om risico's of verliezen te dekken zodra deze zich voordoen. Omdat aanvullend vermogen (tier-2-vermogen) slechts ten belope van het beschikbare basisvermogen als buffer voor risicodragende activiteiten van een bank wordt erkend, is het basisvermogen van doorslaggevend belang. In het kader van de vierde aanpassing van de KWG moesten de Duitse banken toen uiterlijk 30 juni 1993 de omvang van hun aansprakelijk vermogen aan de nieuwe eisen aanpassen.

4. *GEVOLGEN VAN DE OVERDRACHT VOOR HET AANSPRAKELIJK VERMOGEN VAN LBB*

(26) Volgens Duitsland waren de nieuwe regels niet doorslaggevend voor de overdracht van WBK aan LBB, aangezien LBB ook zonder de winstreserve van WBK duidelijk aan de nieuwe eigenvermogensvereisten voldeed. Begin jaren negentig werd er vooral in Berlijn weliswaar van uitgegaan dat de hereniging een impuls zou geven aan de groei, wat ook in de financiële sector perspectieven zou openen voor een uitbreiding van de activiteiten, maar indien banken de omvang van hun zakelijke activiteiten aanmerkelijk wilden vergroten, hadden zij in het bijzonder vanwege de nieuwe solvabiliteitsregels een ruimere kapitaalbasis nodig. Door de overdracht van WBK werd de kapitaalbasis van LBB voor haar commerciële, concurrerende kredietactiviteiten aanzienlijk versterkt, wat haar in staat stelde haar activiteiten duidelijk uit te breiden.

(27) LBB betaalde respectievelijk betaalt gemiddeld 0,25 % ([12]) voor de benutting van de bestemmingsreserve van IBB, weliswaar alleen over het bedrag waarop een beroep is gedaan. De betaling wordt niet aan de deelstaat Berlijn, maar aan IBB gedaan. Daarbij dient in aanmerking te worden genomen dat het deel van de bestemmingsreserve van IBB dat als aansprakelijk vermogen kan worden gebruikt, beduidend hoger was dan het bedrag waarop een beroep is gedaan. Pas vanaf 1995 werd deze reserve daadwerkelijk aangesproken.

III. **REDENEN VOOR DE INLEIDING VAN DE PROCEDURE**

(28) Uitgangspunt bij het onderzoek was het beginsel van de investeerder in een markteconomie. Overeenkomstig dit beginsel is er bij de inbreng van middelen door de overheid in een overheidsonderneming op zich geen sprake van een steunmaatregel. Alleen wanneer deze onderneming door een publieke investeerde eigen vermogen ter beschikking wordt gesteld dat zij onder normale marktomstandigheden niet zou hebben ontvangen, is er sprake van begunstiging door de overheid.

(29) De Commissie was van mening dat daarom in dit geval moest worden nagegaan of de bewuste middelen door de deelstaat Berlijn ter beschikking werden gesteld tegen voorwaarden waarop ook een particuliere investeerder — de zogenaamde investeerder in een markteconomie — bereid zou zijn geweest, middelen te steken in een particuliere onderneming. Voor een investeerder in een markteconomie zou kapitaalverschaffing vooral dan als niet aanvaardbaar moeten worden beschouwd wanneer voor een dergelijke investering niet binnen een redelijke termijn een marktconform rendement te verwachten valt.

(30) Een gemiddeld percentage van 0,25 % voor de bedragen waarop een beroep is gedaan, kon volgens de Commissie nauwelijks als een passende vergoeding voor de deelstaat worden beschouwd, wanneer de lange rente voor risicovrije beleggingen (staatsleningen met een looptijd van tien jaar) in 1992 al ruim 7 % bedroeg. Voorts merkte de Commissie op dat de vergoeding niet rechtstreeks aan de deelstaat werd betaald, maar aan IBB, die deel uitmaakte van LBB, maar als publiekrechtelijke instelling zonder rechtspersoonlijkheid en centrale ontwikkelingsmaatschappij van de deelstaat organisatorisch en economisch zelfstandig werd geleid. Voorts lagen de bedragen waarop een beroep is gedaan, voor zover bekend, duidelijk onder de bedragen en de delen van de bestemmingsreserve die door LBB als aansprakelijk vermogen konden worden gebruikt. Door de vergroting van de eigenvermogensbasis werden echter juist de mogelijkheden verruimd voor LBB om kredieten te verstrekken en aldus haar activiteiten uit te breiden.

(31) De Commissie stelde in het kader van de voorlopige beoordeling vast dat de gegevens over de hoogte van het als aansprakelijk vermogen bruikbare kapitaal van IBB, de mate waarin hierop een beroep was gedaan en de hoogte van de vergoeding, leemten vertoonden dan wel in het geheel niet

([10]) PB L 386 van 30.12.1989, blz. 14; vervangen door Richtlijn 2000/12/EG van het Europees Parlement en de Raad (PB L 126 van 26.5.2000, blz. 1).

([11]) PB L 124 van 05.05.1989, blz. 16; vervangen door Richtlijn 2000/12/EG.

([12]) Blijkbaar 0,25 % vóór belastingen en 0,11 % na belastingen volgens een opmerking in de desbetreffende tabel die voor de periode 1995-1998 werd verstrekt, evenwel zonder aan te geven om welke belastingen het daarbij ging.

waren verstrekt, en zij ging daarom voorlopig uit van een bedrag aan overgedragen en aanwendbare middelen van „rond de 2 miljard DEM".

(32) De Commissie erkende evenwel dat de bestemmingsreserve van LBB geen liquiditeit verschafte, omdat de als bestemmingsreserve van IBB opgevoerde winstreserve van WBK op grond van de wet tot oprichting van IBB van 25 november 1992, los van diens functie als aansprakelijk vermogen in de zin van de KWG, bij voorrang voor de financiering van de ontwikkelingstaken van IBB diende te worden aangewend en LBB de overgedragen middelen niet rechtstreeks voor haar kredietactiviteiten kon aanwenden. Om daadwerkelijk tot expansie te kunnen overgaan, moest LBB derhalve het bijkomende kredietvolume volledig op de kapitaalmarkt herfinancieren, zodat de deelstaat niet hetzelfde rendement kon verwachten als bij de verstrekking van liquide middelen.

(33) Met het oog op de berekening van een vergoeding op basis van het principe van een investeerder in een markteconomie, kondigde de Commissie aan dat zij in dit stadium van plan was om, rekening houdend met de specifieke omstandigheden van dit geval, de methode toe te passen die in beschikking 2000/392/EG uiteen wordt gezet.

(34) Overeenkomstig deze methode wordt de passende vergoeding voor het kapitaal dat als buffer voor de commerciële activiteiten kan worden gebruikt, berekend op basis van de marktconforme vergoeding voor gewone, liquide deelnemingen in aandelenkapitaal. Op basis daarvan wordt een opslag of aftrek toegepast teneinde rekening te houden met de specifieke kenmerken van de betreffende maatregel (vóór investeringsbelasting). Om rekening te houden met het liquiditeitsnadeel van de onderhavige niet-liquide deelneming in aandelenkapitaal, worden bovendien de nettoherfinancieringskosten (brutoherfinancieringskosten minus de te betalen belastingen, met name vennootschapsbelasting) hierop in mindering gebracht.

(35) Duitsland had verklaard dat LBB in de jaren voor en na de overdracht een goed renderende onderneming was met een rendement op het eigen vermogen van, naar het schijnt, 5,37 % in 1991, 13,5 % in 1992 en 30,83 % in 1993. In dit verband merkte de Commissie op dat de grondslagen voor de berekening niet waren uiteengezet. Zonder verdere toelichting kon dit argument voor de stelling van Duitsland dat de maatregel geen steun behelsde, niet nader worden onderzocht. De Duitse autoriteiten hadden ook aangevoerd dat de deelstaat Berlijn, door de verkoop van het derdenbelang in 1994, respectievelijk de afstand van de winstaanspraken in 1998 — in beide gevallen zonder IBB — aan BGB, een passende vergoeding had gekregen voor de prudentiële aansprakelijkheidsfunctie van het IBB-kapitaal. Ten aanzien hiervan ontbraken echter eveneens nadere gegevens en inlichtingen.

(36) Samenvattend stelde de Commissie vast dat belangrijke gegevens voor een passende en voldoende gedetailleerde beoordeling van de kapitaalinbreng en de vergoeding hiervoor ontbreken. Daarom verzocht zij Duitsland in het besluit tot inleiding van de formele onderzoeksprocedure om deze informatie te verstrekken, met name het volledige overzicht van alle overgedragen middelen, het gedeelte daarvan dat als aansprakelijk eigen vermogen van LBB fungeerde, het beroep dat hierop is gedaan en de vergoedingen die hiervoor zijn betaald, de motivering voor deze vergoedingen, de berekeningsgrondslagen voor het rendement op het eigen vermogen van LBB alsook geactualiseerde cijfers en de vermelding van alle factoren die volgens Duitsland een marktconform rendement gewaarborgd hebben.

(37) Op grond van de beschikbare informatie betwijfelde de Commissie echter zeer of de deelstaat Berlijn een marktconforme vergoeding/rendement heeft ontvangen voor de overdracht van de circa 2 miljard DEM, die LBB kennelijk bijna volledig als aansprakelijk vermogen ter beschikking stond en die haar in een voordelige positie ten opzichte van haar concurrenten bracht. De Commissie kwam tot de voorlopige conclusie dat de concurrentie werd vervalst of dreigde te worden vervalst en dat — vanwege de toenemende integratie van de markten voor financiële diensten — het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig werd beïnvloed. Bijgevolg moest de maatregel waarschijnlijk als steunmaatregel in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag worden aangemerkt. Aangezien geen van de uitzonderingsbepalingen van artikel 87, leden 2 en 3, van het EG-Verdrag in dit geval van toepassing was, ging de Commissie ervan uit dat, voor zover er sprake zou zijn van staatssteun, er reden was om te twijfelen aan de verenigbaarheid van de maatregel met de gemeenschappelijke markt.

(38) Aangezien noch Duitsland noch andere rechtspersonen of natuurlijke personen aangevoerd hebben dat de diensten van LBB van algemeen economisch belang zijn in de zin van artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag, kon de Commissie niet tot de slotsom komen dat er steunmaatregelen op grond van artikel 86, lid 2, konden worden toegestaan. Voor zover er niets aan deze feiten zou veranderen ging de Commissie ervan uit dat dit punt voor de beoordeling van de onderhavige maatregel met het oog op een definitieve beschikking niet relevant was.

(39) Voorts verklaarde de Commissie dat zij, in het kader van haar voorlopige beoordeling en overeenkomstig artikel 1, onder b), van Verordening (EG) nr. 659/1999 van de Raad van 22 maart 1999 tot vaststelling van nadere bepalingen voor de toepassing van artikel 93 van het EG-Verdrag ([13]), ervan uitging dat het bij deze maatregel, voor zover deze een steunmaatregel was, om nieuwe en niet om bestaande steun ging. In dit verband verwees de Commissie naar artikel 15, lid 2, van voornoemde verordening en wees zij erop dat de verjaringstermijn werd gestuit door de in het besluit tot inleiding van de procedure beschreven maatregelen, zoals de brieven van de Commissie van 12 januari 1993, 10 november 1993, 13 december 1993 en 1 september 1999, het besluit tot inleiding van de onderhavige procedure alsook het besluit tot inleiding van de procedure en de eindbeschikking 2000/392/EG in de zaak „WestLB". Aangezien de potentiële steunmaatregel niet werd aangemeld en deze sinds de omzetting ervan van toepassing is, stelde de Commissie eveneens vast dat het besluit tot inleiding van de procedure niets toevoegde aan de schorsende werking van artikel 88, lid 3, derde zin, van het EG-Verdrag met betrekking tot de verplichting van Duitsland om de maatregel niet tot uitvoering te brengen voordat de Commissie een eindbeslissing heeft genomen.

([13]) PB L 83 van 27.3.1999, zoals gewijzigd bij de Toetredingsakte 2003.

IV. OPMERKINGEN VAN DUITSLAND

(40) Duitsland lichtte in zijn opmerkingen allereerst de redenen voor de overdracht van de toenmalige WBK (later IBB) toe en verklaarde dat de deelstaat destijds de vorming van een „slagvaardig bankconcern" voor ogen stond, wat zowel de samengevoegde kredietinstellingen als ook de deelstaat Berlijn als eigenaar en de Berlijnse banksector gunstig leek. Daarbij beklemtoonde Duitsland andermaal dat de kapitaalratio's die op grond van de nieuwe solvabiliteitsregels door LBB in acht moesten worden genomen — anders dan in de zaak WestLB — geen enkele rol hadden gespeeld bij de overdracht, wat ook bleek uit feit dat LBB tot eind 1995 geen beroep had gedaan op het aansprakelijk vermogen van IBB (voorheen WBK).

(41) Duitsland bevestigde dat van het eigen vermogen van LBB dat prudentieel per 31 december 1992 als aansprakelijk vermogen was erkend, 1,902714 miljard DEM toegerekend kon worden op de overgedragen middelen. Daarvan was 187,5 miljoen DEM terug te voeren op de verhoging van het nominale kapitaal van LBB ([14]) en 1,715214 miljard DEM op de winstreserve van WBK, terwijl de jaarwinst van 190,586 miljoen DM buiten beschouwing werd gelaten. Per 31 december 1992, dat wil zeggen met ingang van 1 januari 1993, gingen alle bevoegdheden van WBK over naar IBB, die vervolgens aan LBB werd overgedragen. Het overgedragen vermogen en de bestemmingsreserve stonden LBB na 31 december 1992, dat wil zeggen met ingang van 1 januari 1993 ter beschikking als aansprakelijk vermogen.

(42) In de daaropvolgende jaren nam de bestemmingsreserve van IBB volgens Duitsland gestaag toe. Weliswaar stond deze niet volledig ter beschikking van LBB aangezien een deel ervan jaarlijks nodig was als aansprakelijk vermogen voor de stimuleringsactiviteiten van IBB. De precieze gegevens die door Duitsland zijn verstrekt voor de afzonderlijke jaren van 1993 tot 2003, zijn opgenomen in de tabel van overweging 149.

(43) Met de afstoting van IBB door LBB werd de bestemmingsreserve per 1 september 2004 weer aan de deelstaat Berlijn overgedragen, waarbij ongeveer 1,1 miljard EUR van deze reserve in twee derdenbelangen van de deelstaat in LBB werd ingebracht.

(44) Het destijds ingebrachte nominale kapitaal van IBB ten belope van 187,5 miljoen DEM bleef deel uitmaken van het nominale kapitaal van LBB. LBB werd op haar beurt in 1994 (75,01 % van de aandelen) en in 1998 (24,99 % van de aandelen) door BGB overgenomen.

(45) Duitsland vervolledigde ook de andere gegevens. Zo verklaarde het opnieuw dat telkens slechts een deel van de bestemmingsreserve inderdaad als buffer werd aangesproken. Het bedrag waarop vanaf december 1995 beslag werd gelegd, varieerde van 212 miljoen DEM in 1995 tot ruim [...] (*) miljard DEM in de latere jaren. De vergoedingen die vanaf december 1995 enkel over het aangesproken kapitaal aan IBB werden betaald (variërend van ruim 1 miljoen DEM voor 1995/1996 tot [...] miljoen DEM voor 2001), werden maandelijks berekend op basis van een rentetarief dat in de onderhavige periode tussen de 0,2 % (1998) en 0,35 % (1996) schommelde. De precieze, door Duitsland opgegeven bedragen staan vermeld in de tabel van overweging 142.

(46) Ter rechtvaardiging van de vast te stellen vergoeding voor een eventueel beslag op de bestemmingsreserve van IBB zond Duitsland een besluit van de directie van juni 1993 toe. Daarin staat dat „… dit beslag op het eigen vermogen vergoed diende te worden aan de Investitionsbank Berlin tot het bedrag van de kosten die nodig zouden zijn geweest om achtergesteld kapitaal op te nemen". In 1995 werd dit besluit in die zin geconcretiseerd dat de vergoeding gelijkgesteld werd met een opslag voor achtergestelde leningen. Als argument hiervoor werd aangevoerd dat LBB in plaats daarvan ook achtergesteld vermogen op de markt had kunnen aantrekken, dat LBB geheel ter beschikking zou hebben gestaan, niet alleen als aansprakelijk vermogen maar ook als renderend vermogen.

(47) Aangezien de bestemmingsreserve van IBB evenwel alleen de functie van aansprakelijk vermogen vervulde, was het verschil tussen de rentevoet voor gewoon vreemd vermogen dat niet deze aansprakelijkheidsfunctie heeft, en kapitaal dat tevens deze functie heeft, als „prijs" vastgelegd voor de verworven gebruiksfunctie. Deze opslag werd berekend in basispunten uitgaande van de LIBOR (London Interbank Offered Rate) op basis van de eigen voorwaarden en de externe marktgegevens voor achtergestelde leningen. Berekeningsgrondslagen en statistieken werden bijgevoegd.

(48) Het besluit om alleen een vergoeding te betalen voor het deel van de IBB-bestemmingsreserve waarop een beroep is gedaan, motiveerde Duitsland onder andere met het argument dat de bestemmingsreserve in de eerste plaats aan IBB ter beschikking stond en dat, voor het geval dat deze niet voldoende was, LBB in de eerste plaats verplicht was haar risicoactiva te verminderen of achtergesteld vermogen aan te trekken op de markt. De deelstaat Berlijn zou als eigenaar van IBB te allen tijde het recht hebben delen aan de bestemmingsreserve te onttrekken.

(49) In dit verband voerde Duitsland voorts aan dat de IBB-bestemmingsreserve liquiditeit ontbeerde omdat deze geheel gebonden was door de bestaande activiteiten van IBB en niet aan LBB ter beschikking stond voor financieringsdoeleinden. IBB moest de door haar verstrekte kredieten zelf met eigen vermogen dekken en moest daartoe teruggrijpen op de bestemmingsreserve. Duitsland verklaarde dat het WBK-vermogen vanwege deze specifieke kenmerken niet kon worden vergeleken met een vrij beschikbare belegging en dat daarom alleen de aansprakelijkheidsfunctie en bijgevolg de expansiefunctie in het geding waren.

(50) Of de vergoeding aan de deelstaat of aan IBB werd betaald, was hier niet van belang, aangezien de deelstaat als aansprakelijke instantie zou profiteren van zowel IBB als LBB, hetzij door kapitaalaangroei en winstuitkeringen van LBB, hetzij door toename van de aan de deelstaat ter beschikking staande bestemmingsreserve van IBB.

([14]) Dit bedrag wordt sedertdien niet meer tot de activa gerekend.

(*) Vertrouwelijke informatie; hierna [...].

(51) Afgezien van deze opmerkingen over de rechtstreekse vergoeding was Duitsland evenwel principieel van mening dat het hier bij een investeringsbeslissing niet, of althans niet alleen, op aankwam en dat „overeenkomstig de rechtspraak… de investeerder die geen noemswaardige deelneming heeft in de betrokken onderneming en daar ook niet naar streeft, maar alleen geïnteresseerd is in een snel te realiseren rendement op zijn investering, dient te worden onderscheiden van op de lange termijn gerichte investeerders, bijvoorbeeld holdings." Laatstgenoemden zouden zich door rendementsverwachtingen op de lange termijn en ook door strategische overwegingen laten leiden.

(52) De deelstaat was als enige eigenaar van LBB er ten tijde van de investering van uitgegaan dat hij volledig en rechtstreeks zou profiteren van de door de inbreng van WBK teweeggebrachte waardetoename van LBB. Wanneer men de maatstaf van de Commissie in Beschikking 2000/392/EG ([15]) zou hanteren, dan moet "een financiële maatregel als onaanvaardbaar voor een tegen marktvoorwaarden handelende investeerder worden aangemerkt, wanneer de financiële situatie van de onderneming niet binnen een redelijke termijn uitzicht biedt op een normaal rendement (in de vorm van dividend of vermogenswinst) Daarbij zouden de rendementsverwachtingen op het tijdstip van de investeringsbeslissing van belang zijn.

(53) LBB had, zoals Duitsland aanvankelijk verklaarde, in 1992 een rendement op het eigen vermogen van 13,5 % en in 1993 van 30,83 % behaald. Deze cijfers, die al in 1999 waren verstrekt, hadden betrekking op de verhouding „resultaat voor belasting (naar de winst) als percentage van het eigen vermogen dat aan het begin van hetzelfde jaar in de balans is opgevoerd". Toen Duitsland deze cijfers verstrekte had het evenwel niet de bestemmingsreserve van IBB vanaf 1993 meegerekend bij het eigen vermogen van LBB. Op verzoek van de Commissie werd dit gecorrigeerd bij de verstrekking van getallenreeksen over een langere periode. Voor de periode van 1985 tot 1992 gaven deze cijfers een gemiddeld rendement op het eigen vermogen van circa 13 % te zien.

(54) Duitsland verklaarde dat deze kengetallen zich binnen de waarden bewogen die de particuliere Duitse banken in de onderhavige periode hadden gerealiseerd. Aanvankelijk ontbraken evenwel methodisch gezien vergelijkbare gegevens van andere banken. Naderhand diende Duitsland eigen berekeningen op basis van publiekelijk toegankelijk winst- en verliesrekeningen van 35 Duitse banken ([16]) in. Op basis van het „resultaat voor belasting als percentage van het eigen vermogen dat aan het begin van hetzelfde jaar in de balans is opgevoerd", gaven deze voor 1992 voor deze banken een gemiddeld rendement op het eigen vermogen van circa 11 % te zien, en voor de periode van 1988 tot 1992 een gemiddelde van bijna 13 %.

(55) Duitsland verklaarde voorts dat voor een investeringsbeslissing uit bedrijfseconomisch oogpunt de rentabiliteit doorslaggevend was en dat deze bij een bank nog het gemakkelijkst viel af te leiden uit de resultaten van de gewone bedrijfsactiviteiten ofwel de bedrijfsresultaten in verhouding tot het op de balans opgevoerde eigen vermogen, omdat dan buitengewone winsten en uitgaven buiten beschouwing bleven. Zo kon LBB in de jaren 1990-1992 buitengewone ontvangsten noteren, met name door de incorporatie van de „Sparkasse Ost" en de daarmee gepaard gaande opbouw van een eigen ouderdomsvoorziening en gelijktijdige betaling van een afkoopsom voor de uittreding uit het pensioenfonds van de federale en de deelstaatoverheden, alsmede voorzieningen voor algemene bankrisico's van de vroegere „Sparkasse Ost".

(56) Met betrekking tot de verstrekking van methodisch vergelijkbare gegevens over dezelfde periode betreffende het rendement op het eigen vermogen van andere banken, verklaarde Duitsland dat het pas vanaf 1993 verplicht was om buitengewone resultaten en het resultaat van de gewone bedrijfsactiviteiten afzonderlijk in de winst- en verliesrekening op te voeren, waardoor een vergelijking met gegevens van vóór 1993 niet mogelijk was, omdat tot dan toe buitengewone winsten en uitgaven — naast andere posten — werden samengebracht onder de noemer „overige winsten/uitgaven" en daardoor niet precies konden worden geïdentificeerd. Voor de daaraan voorafgaande periode diende Duitsland eigen berekeningen in. Voorts kwam Duitsland in de loop van de procedure met correcties en aanvullingen op de berekeningsmethode voor het rendement op het eigen vermogen van LBB, teneinde de cijfers voor LBB geheel vergelijkbaar te maken met de officiële enquêtes van de Bundesbank onder Duitse banken. Volgens Duitsland veranderde dit niets aan het oorspronkelijke uitgangspunt dat het rendement op het eigen vermogen van LBB rond het gemiddelde van de sector lag.

(57) Volgens Duitsland blijkt uit alle cijfers dat LBB ten tijde van de kapitaalinbreng een rendabele onderneming was. De deelstaat Berlijn was de enige aandeelhouder, waaraan als enige het zakelijke succes van de bank ten goede diende te komen, of dit nu in de vorm van winstuitkeringen was of in de vorm van een waardestijging. Wat dit aangaat, hoefde de deelstaat de te verwachten rendementsstijging niet met andere aandeelhouders te delen en was de quasi „groepsinterne" kapitaalsoverdracht vanuit het oogpunt van een investeerder in een markteconomie een verstandige handelwijze. De vraag of, en voor welk bedrag, door LBB een vergoeding voor de kapitaalinbreng werd betaald, was daarom niet relevant voor de beoordeling van het marktconomische karakter van de overdracht.

(58) Duitsland voerde aan dat de Commissie dit uitdrukkelijk als criterium had genomen voor haar Beschikking 2000/392/EG: „Om een passend rendement van het ter beschikking gestelde kapitaal te krijgen, had men daarom kunnen besluiten de participatie van de deelstaat in WestLB naar rato te verhogen, gesteld dat de algehele rentabiliteit van de bank overeenkomt met het normale rendement dat een tegen marktvoorwaarden handelende investeerder van zijn

([15]) Zie voetnoot 2, overweging 162.

([16]) Winst- en verliesrekeningen die gepubliceerd zijn in de ondernemingsdatabank Hoppenstedt; tot de 35 geselecteerde banken behoren 4 grote particuliere banken, 5 andere particuliere banken, 17 publiekrechtelijke instellingen, 2 coöperatieve banken en 7 hypotheekbanken.

investering zou verwachten. Daardoor zou de hele vraag of een vergoeding van 0,6 % passend genoemd kan worden, overbodig zijn geweest. De deelstaat heeft echter niet voor deze methode gekozen ([17]).”

(59) In dit verband verklaarde Duitsland voorts dat de verhoging van de waarde van LBB door het WBK-vermogen na de incorporatie van LBB in BGB aan de deelstaat ten goede was gekomen. De volledige overdracht van de economische eigendom van LBB aan BGB die in 1994 en 1998 in drie fasen plaats vond, geschiedde op basis van rapporten van verschillende accountants en een investeringsbank, welke betrekking hadden op de waardevastheid van het door de deelstaat ingebrachte derdenbelang in LBB en de marktconformiteit van de tegenprestaties — overgedragen BGB-aandelen, ook in verhouding tot andere aandeelhouders. Duitsland verstrekte relevante passages uit deze rapporten en de correspondentie dienaangaande met de accountants. Daaruit bleek dat de waarde van LBB in 1993 op circa 3,5 miljard DEM (zonder IBB zelf, maar rekening houdend met de door de bestemmingsreserve verhoogde basisvermogenratio) en per 31 december 1997 door een andere deskundige op bijna 6 miljard DEM werd geschat.

(60) Voorts was Duitsland subsidiair van mening dat de bij beschikking 2000/392/EG gehanteerde methode onjuist was omdat daarbij werd uitgegaan van een vergelijkbaarheid met een gewone, liquide deelneming in aandelenkapitaal. Deze aanpak leende zich niet voor de specifieke kenmerken van de onderhavige transactie. Het zou beter zijn om reeds voor de bepaling van de oorspronkelijke waarde uit te gaan van vergelijkbare eigenvermogensinstrumenten. Dat mag dan weliswaar moeilijk zijn, zoals de Commissie reeds in de zaak WestLB te kennen had gegeven, maar deze moeilijkheden konden niet uit de weg worden gegaan of omzeild door zich te baseren op een volkomen inadequaat eigenvermogensinstrument.

(61) Duitsland achtte het voorts onjuist om een gemiddeld rendement als maatstaf te nemen. Alleen een rendement onder de marge die investeerders zich voor de beoordeling gunnen, is ook voor een particuliere geldschieter niet meer aanvaardbaar. En tenslotte was het niet juist om alleen de nettoherfinancieringskosten in plaats van de volle herfinancieringskosten af te trekken. Eventuele fiscale besparingen van de onderneming zouden vanuit het oogpunt van de investeerder irrelevant zijn. Ook op andere gronden lijkt deze benadering onaanvaardbaar, aangezien bij de verstrekking van niet-liquide kapitaal de investeerder nog altijd zou kunnen profiteren van de rendementsfunctie, zodat hij het rendement opnieuw zou kunnen beleggen en tenminste de risicovrije rente, dus een „dubbel” rendement, zou kunnen verkrijgen.

(62) Verder was Duitsland van mening dat de Commissie vanwege het verstrijken van de termijn (artikel 15, lid 1, van Verordening (EG) nr. 659/1999) niet bevoegd was om eventuele steun terug te vorderen. Het principebesluit inzake de overdracht van WKB was namelijk al op 16 juni 1992 genomen, dus meer dan tien jaar voor de inleiding van de procedure, die op 4 juli 2002 was betekend. Het voornaamste oogmerk van dit besluit was om de bankparticipaties van de deelstaat en WBK in een holding (de latere BGB) onder te brengen, op voorwaarde dat de voortzetting van de stimuleringsactiviteiten van WBK, de uitoefening van overheidstaken en de belastingvrijheid zouden worden gewaarborgd. Het besluit was sedertdien publiekelijk bekend en de Commissie was in 1999 op de hoogte gesteld van de datum van het besluit.

(63) De Commissie had namelijk reeds in verschillende beschikkingen de intentieverklaring van de bevoegde instelling — zelfs wanneer deze aan voorwaarden gebonden was — als tijdstip voor de uitvoering van de steunmaatregel aangemerkt. Dit was bij voorbeeld ook het standpunt van de Commissie bij de beschikking inzake reddingssteun voor BGB ([18]), hoewel het parlement en de Commissie nog niet hun goedkeuring hadden verleend voor het bewuste besluit van 22 mei 2002.

(64) Voorts was Duitsland van mening dat er geen sprake was geweest van een stuiting van de verjaring als bedoeld in artikel 15, lid 2, tweede zin, van Verordening (EG) nr. 659/1999. Op grond daarvan kan de verjaring alleen door maatregelen van de Commissie worden gestuit. Dit was pas gebeurd bij brief van 4 juli 2002 betreffende de inleiding van de procedure en niet door gewone verzoeken om inlichtingen, die niet als een maatregel van de Commissie of van een bevoegd lid van de Commissie konden worden gezien. Tevens diende daarbij te worden bedacht dat de verjaringstermijn de rechtszekerheid dient, niet alleen de rechtszekerheid in de betrekkingen tussen Commissie en lidstaten maar ook de rechtszekerheid van de steunontvanger. Aangezien Duitsland voor het eerst bij de inleiding van de procedure verzocht werd om een kopie van de betreffende brief door te sturen aan de steunontvanger, hetgeen op 9 juli 2002 gebeurd was, kon de stuiting van de verjaring pas op die datum ingaan. Aangezien de, aan de staatssteunregels te toetsen, maatregel het besluit van 16 juni 1992 behelst, zou deze, als er al sprake van steun zou zijn, op grond van artikel 15, lid 3, van Verordening (EG) nr. 659/1999 als bestaande steun moeten worden beschouwd.

V. OPMERKINGEN VAN ANDERE BELANGHEBBENDEN

(65) Na de bekendmaking van de inleiding van de procedure in het Publicatieblad ([19]) ontving de Commissie in oktober en november opmerkingen van de Berliner Volksbank („BV”) alsook van de Duitse bankfederatie (Bundesverbandes deutscher Banken — „BdB”).

(66) BV was van mening dat de overdracht van WBK staatssteun inhield, aangezien er financiële middelen ter beschikking waren gesteld tegen voorwaarden waarop een investeerder in een markteconomie hiertoe niet bereid zou zijn geweest. De betalingen waren door LBB aan IBB gedaan, die zelf als een onderdeel van LBB werd geleid; bovendien lag het overeengekomen rentetarief van 0,25 % ver onder de marktconforme tarieven, zoals bij voorbeeld bleek uit de Beschikkingen 2000/392/EG (WestLB) alsook 95/547/EG ([20]) en 98/490/EG ([21]) (Crédit Lyonnais), waarin werd uitgegaan van een verwacht rendement op het eigen vermogen van tenminste 12 %. Deze steun leidde volgens

([17]) Zie voetnoot 2, overweging 182.

([18]) NN 53/2001; beschikking van de Commissie van 25 juli 2001.

([19]) Zie voetnoot 1.

([20]) PB L 308 van 21.12.1995, blz. 92.

([21]) PB L 221 van 8.8.1998, blz. 28.

BV tot een ernstige vervalsing van de mededinging in de Gemeenschap, maar had vooral buitengewoon ernstige gevolgen voor de concurrentie in Berlijn, waar BGB met inbegrip van LBB, marktleider was in het segment particuliere en zakelijke klanten (met inbegrip van Berliner Bank en Berliner Sparkasse). In vergelijking hiermee was BV een kleine concurrent met overeenkomstige marktaandelen van 5-7 %, die daardoor bijzonder sterk getroffen werd door de negatieve gevolgen van de steun. BV besloot haar opmerkingen met het verzoek aan de Commissie om de terugvordering van de steun te gelasten.

(67) BdB begon met te zeggen dat de onderhavige procedure deel uitmaakt van een reeks onderzoeken van de Commissie naar de overdracht door de deelstaten van instellingen voor de bevordering van de woningbouw aan deelstaatbanken, die zich met commerciële activiteiten bezig houden. Ook in het geval van LBB waren hierbij, in tegenstelling tot hetgeen Duitsland beweerde, de verscherpte eigenvermogensvereisten van de solvabiliteitsrichtlijn doorslaggevend. Dit bleek alleen al uit het tijdstip van de overdracht alsook uit de uitspraken van de destijds bevoegde Berlijnse minister, die indertijd eveneens gewag maakte van de strengere Europese regels inzake eigen vermogen die op komst waren. In dat opzicht bestond er volgens BdB geen, vanuit het oogpunt van de staatssteunregels relevant, verschil tussen de hier te onderzoeken overdracht van WBK aan LBB en de overdracht van WfA aan WestLB, zodat de methode die de Commissie in Beschikking 2000/392/EG hanteerde, ook hier van toepassing was.

(68) BdB merkte voorts op dat het hier niet alleen om de bestemmingsreserve ging, maar ook om de overdracht van het kapitaal van WBK ten bedrage van 187,5 miljoen DEM, dat aan het geplaatste kapitaal van LBB was toegevoegd, wat een geldelijk voordeel betekende, aangezien het van invloed was op de rating en op de voorwaarden voor het aantrekken van vreemd vermogen. Van aanzienlijk groter belang was echter de, met de overdracht gepaard gaande en prudentieel erkende, verhoging van het basisvermogen. Aangezien deze volledig ter beschikking stond als aansprakelijk vermogen, hoewel de bestemmingsreserve bij voorrang werd gebruikt voor de stimulering van de woningbouw, deed de specifieke bestemming ervan niet ter zake. Wat telde was het economische voordeel dat aan de expansiefunctie werd ontleend, temeer daar het basisvermogen een geweldige hefboomwerking had (de mogelijkheid tot kredietverlening werd met de factor 12,5 uitgebreid bij naar risico gewogen activa met een 100 %-weging, zoals bij voorbeeld kredieten aan het bedrijfsleven, en met de factor 25 bij voor 50 % naar risico gewogen activa, zoals bij voorbeeld kredieten aan overheidsinstellingen). Indien er aanvullend vermogen zou worden aangetrokken, zou met een (hypothetisch) basisvermogen van 1 miljard EUR en een risicoweging van 50 % zelfs voor 50 miljard EUR aan kredieten kunnen worden verstrekt.

(69) Voor de berekening van wat een marktconforme vergoeding zou zijn, verwees BdB naar de in Beschikking 2000/392/EG toegepaste, beproefde methode van de Commissie en de daar gehanteerde benchmark van een marktconform rendement van 12 % alsook de opslagen en aftrekken die daarop in tweede instantie waren toegepast wegens de specifieke kenmerken van de transactie. Van een marktconforme vergoeding was hoe dan ook geen sprake, noch bij de 0,25 % die aan IBB was betaald noch bij de verkoop van het derdenbelang en de afstand van winstaanspraken aan BGB in respectievelijk 1994 en 1998.

(70) Enerzijds was het volgens BdB niet terecht om alleen een vergoeding te betalen voor het kapitaal waarop een beroep werd gedaan, anderzijds behoorde IBB tot LBB, zodat LBB de betaling als het ware aan zichzelf deed en niet aan de deelstaat. Voorts was het argument van Duitsland dat de aansprakelijkheidsfunctie van de bestemmingsreserve naar behoren was vergoed toen BGB in 1994 een atypisch derdenbelang in LBB nam, niet overtuigend, aangezien belangrijke feitelijke gegevens over waarden niet voorhanden waren en het in principe onjuist was om zich te beperken tot de zienswijze van de steunverlener. Wat uit het oogpunt van de staatssteunregels van belang was, waren de overdracht van WBK aan LBB per 31 december 1992 met alle voordelen van dien voor LBB en de daaruit voortvloeiende concurrentievervalsing, en niet de vraag of naderhand de schuld ingevolge de steunverlening was voldaan. Voorts zou het bij de overdracht van LBB aan BGB louter om een bedrijfsinterne aangelegenheid gaan, aangezien BGB ook grotendeels onder de zeggenschap van de deelstaat viel. Datzelfde zou opgaan voor het afstaan in 1998 van winstaanspraken aan BGB ten belope van de resterende 24,9 %. In elk geval was tot in 1998 het steunelement niet volledig teniet gedaan.

(71) Op een later tijdstip, ver buiten de bij Verordening (EG) nr. 659/1999 toegestane termijn voor de indiening van opmerkingen door derden, vulde BdB dit punt aan en betoogde zij met name dat de verkoopswaarde van LBB en van het derdenbelang in LBB, die met het oog op de oprichting van BGB was vastgesteld, niet IBB omvatte, zodat het volgens BdB uitgesloten leek te zijn dat in de verkoopswaarde van het derdenbelang in LBB de aansprakelijkheidsfunctie van de bestemmingsreserve van IBB was inbegrepen.

(72) Ten aanzien van de termijn van tien jaar voor de terugvordering van steun, zoals vastgelegd bij artikel 15, lid 1, van Verordening (EG) nr. 659/1999, verklaarde BdB dat deze pas met de wet houdende oprichting van IBB per 31 december 1992 was ingegaan en derhalve op zijn vroegst op 31 december 2002 kon eindigen. Daarenboven was deze termijn voor de verjaring overeenkomstig artikel 15, lid 2, van Verordening (EG) nr. 659/1999 gestuit door maatregelen van de Commissie. Deze bepaling was ruim geformuleerd en omvatte elke handeling van de Commissie in het kader van het onderzoek, zoals bij voorbeeld verzoeken om inlichtingen. Een aanknopingspunt voor de ruimere interpretatie van deze bepaling was te vinden in Verordening (EEG) nr. 2988/74 van de Raad van 26 november 1974 inzake de verjaring van het recht van vervolging en tenuitvoerlegging op het gebied van het vervoers- en het mededingingsrecht van de Europese Economische Gemeenschap ([22]), op grond waarvan de verjaring „wordt gestuit door iedere handeling die (…) tot

([22]) PB L 319 van 29.11.1974, blz. 1, zoals gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1/2003 (PB L 1 van 04.01.2003, blz. 1).

onderzoek of vervolging van de inbreuk wordt verricht". Overigens had Duitsland zelf de Commissie verzocht om eerst de opheldering van de geschilpunten in de zaak WestLB te mogen afwachten en alleen daarom al kon het zich niet op verjaring beroepen.

VI. REACTIE VAN DUITSLAND OP DE OPMERKINGEN VAN ANDERE BELANGHEBBENDEN

(73) Duitsland verwees in zijn reactie van 16 december 2002 hoofdzakelijk naar zijn eigen standpunt ten aanzien van het besluit tot inleiding van de procedure en zijn argument dat er in deze zaak geen steun was verleend. Voor het overige beperkte het zich tot een samenvatting van afzonderlijke punten uit beide stellingnames.

(74) Ten aanzien van het standpunt van BV en BdB dat de WBK-overdracht als steun moest worden aangemerkt, verklaarde Duitsland dat de analyse niet kon worden beperkt tot een beschouwing van de maandelijkse vergoeding. Het kwam veeleer aan op referentiewaarden zoals bij voorbeeld — al naargelang de kapitaalinbreng — rentevoet (van een lening) met inbegrip van zekerheidsstelling, dividenden of kapitaalaangroei. In de bewuste periode 1992/1993 was LBB echter een goed renderende instelling, zodat de inbreng van het WBK-vermogen in het aansprakelijk eigen vermogen van LBB economisch gezien zinvol was. Daarom waren WestLB en LBB — in tegenstelling tot wat BdB en BV beweerden — geenszins met elkaar vergelijkbaar. Afgezien daarvan was het niet terecht om de voor WestLB gehanteerde methode als beproefd aan te merken, zoals BdB deed, gezien het feit dat de betreffende rechtszaak (destijds) nog aanhangig was.

(75) Anders dan BdB beweerde, was het onomstreden en ook duidelijk in het besluit tot inleiding van de procedure uiteengezet, dat met de overdracht van WBK niet alleen de aansprakelijkheidsfunctie van de bestemmingsreserve aan LBB was toegevallen maar tevens het eigen vermogen van LBB op de balans met 187,5 miljoen DEM was verhoogd, hetgeen ook prudentieel als aansprakelijk vermogen was erkend. Het probleem in hoeverre op de balans opgevoerd eigen vermogen als geldelijk voordeel kon worden beschouwd, stelde zich hier niet, anders dan bij WestLB, aangezien er geen onderscheid hoefde te worden gemaakt tussen het prudentieel erkende en het niet erkende deel van het vermogen. Er was geen steun gemoeid met de verhoging van het op de balans opgevoerde eigen vermogen noch met de overgedragen reserves (zie overwegingen 40 tot 64).

(76) Voorts was het onjuist te veronderstellen dat bij een hypothetisch basisvermogen van 1 miljard EUR er voor 50 miljard EUR aan kredieten zou kunnen worden verstrekt. Weliswaar werd er niet betwist dat de bestemmingsreserve van IBB, door de prudentiële erkenning ervan, de functie van aansprakelijk vermogen en een hefboomfunctie vervulde, maar het voordeel daarvan zou zich beperken tot het werkelijke beslag dat hierop door LBB werd gelegd. De vermeende hefboomwerking van 1:50 ontbeerde voorts ieder fundament.

(77) Bij de toepassing van het principe van een investeerder in een markteconomie diende te worden uitgegaan van een investeerder die zich in een vergelijkbare situatie bevond. In het onderhavige geval had de deelstaat als investeerder besloten om de liquiditeit van de bestemmingsreserve te koppelen aan de transacties van IBB en dit kapitaal niet voor financieringsdoeleinden aan LBB ter beschikking te stellen. Met dit kapitaal behaalde de deelstaat een eigen rendement (zie overwegingen 40 tot 64). Voorts kwam het bijzonder vermogen van IBB nog steeds uitsluitend toe aan de deelstaat, ook na de overdracht van LBB aan BGB. Daarom was het ook onjuist te beweren dat LBB de aan IBB betaalde vergoedingen eigenlijk aan zichzelf had betaald. Voorts was het voor een investeerder in een markteconomie gebruikelijk om aanspraken op vergoedingen aan derden af te staan, vooral wanneer het bij die derde om een onderneming of activa ging, die volledig eigendom waren van die investeerder.

(78) Tot slot werd met betrekking tot de vergelijking van het marktaandeel van BV en BGB, zoals vervat in de opmerkingen van BV, betoogd dat BV in Berlijn een sterkere marktpositie had dan zij te kennen had gegeven. Zij was de op een na grootste kredietinstelling met marktaandelen die wellicht 60-70 % bedroegen van die van BGB en die zelfs voor de deposito's van particuliere rekeninghouders nog ongeveer een derde van het marktaandeel van BGB beliepen.

VII. AKKOORD TUSSEN BDB, DE DEELSTAAT BERLIJN EN LBB

(79) Op 7 oktober 2004 stelde Duitsland de Commissie in kennis van een akkoord tussen de klager BdB, de deelstaat Berlijn en LBB. Hoewel hun fundamentele rechtsopvatting ongewijzigd was gebleven, waren de partijen het wel eens geworden over de paramaters die zij geschikt achtten voor de vaststelling van een passende vergoeding voor het WBK-vermogen. Zij verzochten de Commissie in haar beschikking rekening te houden met het akkoord.

(80) De partijen hebben, overeenkomstig de methode die in Beschikking 2000/392/EG reeds uitvoerig is beschreven, om te beginnen een percentage van 10,19 % vastgesteld als passende minimumvergoeding voor de bestemmingsreserve van WBK. Aangezien de deelstaat Berlijn de enige eigenaar was, werd er geen verdere opslag, bij voorbeeld wegens het ontbreken van stemrechten, overeengekomen. Tenslotte werd, wegens gebrek aan liquiditeit van het kapitaal, een aftrek van 3,62 % vastgesteld (waarbij werd uitgegaan van de risicovrije rentevoet als brutoherfinancieringskosten, die voor circa 50 % uit vennootschapsbelasting plus solidariteitstoeslag bestonden, ter bepaling van de nettoherfinancieringskosten). Dit leverde een passende vergoeding op van 6,75 %.

(81) In het akkoord werd geen melding gemaakt van de vergoeding voor het gedeelte van het WBK-vermogen dat niet voor de commerciële activiteiten van LBB kon worden benut.

(82) Op het nominale kapitaal van IBB ten belope van 187,5 miljoen DEM dat aan het nominale kapitaal van LBB was toegevoegd, werd geen aftrek wegens herfinancieringskosten toegepast, aangezien het hier om liquide middelen ging. Aangezien het nominale kapitaal in twee

fasen in 1994 en 1998 aan BGB was overgedragen, waren de partijen overeengekomen dat het nominale kapitaal slechts tot aan deze twee tijdstippen — naar evenredigheid — diende te worden vergoed.

(83) De partijen raakten het niet eens over de vraag of een eventuele waardestijging als gevolg van de overdracht van LBB in aanmerking diende te worden genomen. Volgens de deelstaatbank had de overname van LBB in 1994 en 1998 tot een waardestijging geleid.

VIII. BEOORDELING VAN DE MAATREGELEN

1. *DE FUNDAMENTELE KWESTIE VAN DE VERJARING*

(84) Met het oog op de mogelijke verjaring van aanspraken op terugvordering verklaarde Duitsland dat hiervoor 16 juni 1992, de datum van het besluit van de Berlijnse senaat tot oprichting van een Berlijnse bankholding, als uitgangspunt moest worden genomen. In dit besluit, dat aan de Commissie is toegezonden, werd echter alleen bepaald dat „de bankparticipaties van Berlijn worden geherstructureerd". Hierin werd „de oprichting van de Berlijnse Banken-Holding AG voorzien, waarbij de Landesbank Berlin — Girozentrale, de Berliner Bank AG en de … Berliner Pfandbrief-Bank zouden worden ondergebracht". Dit besluit behelsde geen vermogensoverdracht.

(85) De maatregel in kwestie, te weten de overdracht van het WBK-vermogen aan LBB, geschiedde pas per 31 december 1992. Het economische effect van deze maatregel, namelijk de verhoging van het eigen vermogen van LBB en de daaruit voortvloeiende vergroting van de mogelijkheid om kredieten te verstrekken, was derhalve pas vanaf 1 januari 1993 merkbaar. Vóór deze datum kan in het onderhavige geval geen staatssteun zijn verleend.

(86) Maar zelfs wanneer het tijdstip van de toekenning van de maatregel wel op 16 juni 1992 zou worden vastgesteld, dus maanden voor de datum van overdracht, kan niet worden aangenomen, zoals Duitsland meent, dat de bevoegdheden van de Commissie om steun terug te vorderen overeenkomstig artikel 15, lid 1, van Verordening (EG) nr. 659/1999 zouden zijn verjaard. Duitsland is van mening dat pas het besluit van 4 juli 2002 tot inleiding van de procedure een maatregel van de Commissie is waardoor de verjaring wordt gestuit, onder andere ook omdat Duitsland pas bij dit besluit werd verzocht een kopie van dit schrijven aan de ontvanger van de steun te doen toekomen.

(87) Deze opvatting dient te worden betwist. Artikel 15, lid 2, van Verordening (EG) nr. 659/1999 geldt voor „elke maatregel" van de Commissie, en niet alleen voor de formele inleiding van de procedure. In dit geval volstonden de verschillende maatregelen van de Commissie, met name de verschillende verzoeken om inlichtingen met betrekking tot LBB en in ieder geval het verzoek om inlichtingen van september 1999, om de verjaring te stuiten. Daartoe is het niet noodzakelijk dat LBB op de hoogte was van de maatregelen van de Commissie. In zijn arrest van 10 april 2003 in Zaak T-366/00, *Scott SA/Commissie* ([23]), heeft het Gerecht van eerste aanleg vastgesteld dat het feit dat de ontvanger van de steun niet op de hoogte was van de verzoeken om inlichtingen die de Commissie aan de lidstaat heeft gericht, niet tot gevolg heeft dat zij geen rechtsgevolg hebben jegens de ontvanger. De Commissie zou niet verplicht zijn om de potentiële belanghebbenden, waaronder de steunontvanger, de maatregelen mee te delen die zij tegen een onrechtmatige steunmaatregel neemt alvorens de administratieve procedure in te leiden. Het Gerecht kwam derhalve tot de conclusie dat het bij het onderhavige verzoek om inlichtingen om een maatregel in de zin van artikel 15 van Verordening (EG) nr. 659/1999 ging, waardoor de verjaringstermijn vóór het verstrijken ervan werd gestuit, ook al was de steunontvanger destijds niet op de hoogte van die correspondentie ([24]). Voorts lijkt het onwaarschijnlijk dat LBB niet op de hoogte was van het verzoek om inlichtingen van de Commissie, toen Duitsland in december 1999 hierop een antwoord gaf.

(88) Kortom de Commissie heeft in dit geval de bevoegdheid om de steun terug te vorderen.

2. *STEUNMAATREGEL IN DE ZIN VAN ARTIKEL 87, LID 1, VAN HET EG-VERDRAG*

(89) Ingevolge artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag zijn behoudens de afwijkingen waarin het Verdrag voorziet, steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen of bepaalde producties vervalsen of dreigen te vervalsen, onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, voorzover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt.

2.a STAATSMIDDELEN

(90) Met de maatregel beoogde de deelstaat Berlijn een kapitaalsverhoging bij LBB door middel van de overdracht van de instelling van algemeen nut WBK/IBB, waarvan de deelstaat eigenaar en garant was. Door deze overdracht werd het eigen vermogen van LBB dat bij schrijven van 24 februari 1993 als aansprakelijk vermogen was erkend, met zo'n 1,9 miljard DEM verhoogd. Daarvan was 187,5 miljoen DEM toe te rekenen aan de verhoging van het nominaal kapitaal van LBB met het nominaal kapitaal van de voormalige WBK ([25]) en zo'n 1,715 miljard DEM aan de winstreserve van WBL (zonder de winst over het boekjaar 1992 van bijna 200 miljoen DEM), die sedertdien als bestemmingsreserve van IBB werd opgevoerd en voortdurend was gestegen.

(91) Door de overdracht van de circa 1,9 miljard DEM en de prudentiële erkenning ervan als basisvermogen, is de capaciteit van LBB tot het verstrekken van kredieten en daarmee de mogelijkheid tot uitbreiding van haar commerciële activiteiten aanmerkelijk vergroot. Bij een risicoweging van 100 % voor de totale vorderingen (bij voorbeeld uit leningen aan niet-banken) en zonder verder aanvullend vermogen aan te trekken, is dit potentieel theoretisch 12,5 keer zo groot als het bijkomende aansprakelijke vermogen (hier dus bijna 24 miljard DEM). Hoe groot dit

([23]) Jurispr. 2003, blz. II-1763.

([24]) Ibidem, punt 60.

([25]) Dit bedrag wordt sedertdien niet meer tot de activa van IBB gerekend.

potentieel in elk afzonderlijk geval werkelijk is, kan niet precies worden bepaald, aangezien dit verband houdt met de clientèle, de strategische planning en niet te voorziene, externe invloeden. De vraag of en hoe een kredietinstelling precies nieuwe eigen middelen aanwendt, doet er evenwel bij dit onderzoek niet toe.

(92) Los van het feit dat IBB nog steeds een deel van de middelen nodig had als zekerheid voor de stimuleringsactiviteiten, werden de overgedragen middelen prudentieel erkend, waardoor zij als aansprakelijk vermogen konden worden aangewend door LBB, die met andere kredietinstellingen concurreerde. Het lijdt geen twijfel dat aldus staatsmiddelen aan LBB werden overgedragen die haar een economisch voordeel konden verschaffen ten opzichte van haar concurrenten, voor zover zij deze middelen niet op marktvoorwaarden had verkregen.

2.b BEGUNSTIGING VAN EEN BEPAALDE ONDERNEMING

(93) Om te beoordelen of de overdracht van staatsmiddelen aan een publieke onderneming deze onderneming begunstigt en de overdracht zodoende een steunmaatregel in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag kan behelzen, hanteert de Commissie het principe van de investeerder in een markteconomie. Dit principe werd door het Gerecht van eerste aanleg in een reeks rechtszaken aanvaard en verder uitgewerkt, laatstelijk in zijn arrest van 6 maart 2003 betreffende een vergelijkbare overdracht aan WestLB ([26]).

(1) ***Principe van de investeerder in een markteconomie***

(94) Volgens het principe van de investeerder in een markteconomie is er geen sprake van begunstiging van een onderneming wanneer middelen ter beschikking worden gesteld op voorwaarden „waarop een particuliere investeerder het aanvaardbaar zou vinden middelen ter beschikking te stellen van een vergelijkbare particuliere onderneming, aangenomen dat de investeerder onder normale omstandigheden in een vrije-markteconomie handelt" ([27]). Daarentegen is er sprake van begunstiging in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag wanneer de afgesproken vergoeding en/of de financiële positie van de onderneming zodanig zijn dat het niet gerechtvaardigd is binnen een redelijke termijn op een normaal rendement te rekenen.

(2) ***Artikel 295 van het EG-Verdrag***

(95) Artikel 295 van het EG-Verdrag laat het eigendomsrecht in de lidstaten onverlet. Dit rechtvaardigt evenwel geen schending van de mededingingsregels uit het Verdrag.

(96) Duitsland betoogt dat het WBK-vermogen, gezien zijn bijzondere bestemming, niet op een andere manier met vrucht kon worden gebruikt dan door het bij een vergelijkbare openbare instelling in te brengen. De overdracht zou derhalve commercieel de meest zinvolle aanwending van dit vermogen zijn. Bijgevolg volstond elke vergoeding voor de inbreng, d.w.z. elk extra rendement van het WBK-kapitaal, om de vermogensoverdracht uit hoofde van het beginsel van de investeerder in een markteconomie te rechtvaardigen.

(97) Deze redenering kan niet worden volgehouden. Het is best mogelijk dat de incorporatie van WBK in LBB en de daaruit resulterende mogelijkheid voor LBB om een deel van het WBK-kapitaal als zekerheid voor de commerciële activiteiten te gebruiken, economisch gezien het meest zinvol was; maar zodra publieke middelen en andere activa worden gebruikt voor commerciële concurrentiegerichte activiteiten, moeten marktconforme voorschriften worden toegepast. Dat betekent dat een overheid die besluit om voor publieke doeleinden bestemde middelen (ook) commercieel te gebruiken, een vergoeding dient te vragen die marktconform is.

(3) ***Eigendomsstructuur***

(98) Bij het onderzoek hiernaar staat de vraag centraal of een onder normale voorwaarden van een markteconomie handelende particuliere investeerder, die qua omvang vergelijkbaar is met de organen die de publieke sector beheren, er in soortgelijke omstandigheden toe had kunnen worden gebracht de betrokken kapitaalinbreng te doen, zoals het Gerecht van eerste aanleg in het arrest in de zaak WestLB had betoogd onder verwijzing naar de geldende rechtspraak ([28]). Ten slotte moeten, zoals het Gerecht voorts onder verwijzing naar andere arresten verklaarde, „de handelwijzen van de openbare en van de particuliere investeerder worden vergeleken op basis van de houding die een particuliere investeerder ten tijde van de betrokken transactie zou hebben aangenomen, gelet op de destijds beschikbare informatie en de vooruitzichten van dat ogenblik" ([29]). Daaruit blijkt duidelijk dat het tijdstip van de investering en de verwachtingen die een investeerder op dat moment redelijkerwijs, dat wil zeggen op basis van de beschikbare informatie, kon hebben gehad, van belang zijn bij het onderzoek. Deze verwachtingen hebben hoofdzakelijk betrekking op het waarschijnlijk rendement.

(99) De deelstaat Berlijn was de enige eigenaar van LBB (en WBK). Zelfs wanneer deze omstandigheid het mogelijk zou maken om de beschouwing niet uitsluitend te beperken tot de vast overeengekomen vergoeding — gemiddeld 0,25 % over het deel van de bestemmingsreserve dat vanaf december 1995 door LBB was aangesproken -, kan het eigenaarschap van de deelstaat Berlijn in dit geval niet worden aangevoerd om de geringe rechtstreekse vergoeding te rechtvaardigen.

(100) Het feit dat het eigenaarschap van de deelstaat als argument wordt aangevoerd, zou impliceren dat er een behoorlijk bedrijfsplan, een taxatierapport of een schatting van het te verwachten rendement van de investering in kwestie voorhanden waren. Deze zijn destijds niet opgesteld. De Commissie beschikt derhalve niet over de middelen om de verklaring van de deelstaat na te trekken.

([26]) Zie voetnoot 3.

([27]) Mededeling van de Commissie aan de lidstaten: Toepassing van de artikelen 92 en 93 van het EG-Verdrag en van artikel 5 van de Richtlijn 80/723/EEG van de Commissie op openbare bedrijven in de industriesector, PB C 307 van 13.11.1993, blz. 3, punt 11. Het gaat in deze mededeling weliswaar uitdrukkelijk over de industriesector, maar het principe geldt zonder twijfel evenzeer voor alle andere economische sectoren. Wat de financiële diensten betreft, is dit bekrachtigd in een reeks besluiten van de Commissie, onder meer in de zaak Crédit Lyonnais (PB L 221 van 8.8.1998, blz. 28) en in de zaak GAN (PB L 78 van 16.3.1998, blz. 1).

([28]) Zie voetnoot 3, punt 245.

([29]) Zie voetnoot 3, overweging 246.

(101) De Commissie is daarom van mening dat in dit geval aan de hand van de rechtstreekse, marktconforme vergoeding moet worden bepaald wat een passende vergoeding is.

(4) ***Vergoeding en vergoedingselementen***

Vermogensbasis voor de berekening van de vergoeding

(102) Zoals in Beschikking 2000/392/EG wordt uiteengezet en door het Gerecht van eerste aanleg is bevestigd, moet in beginsel de volledige waarde van het overgedragen vermogen worden vergoed. Aangezien BAKred de middelen meteen volledig als basisvermogen had erkend, stonden deze vanaf 1 januari 1993, op de bedragen na die jaarlijks nodig waren voor de stimuleringsactiviteiten zelf, ter beschikking als zekerheid. Het kapitaal dat nodig was als buffer voor de stimuleringsactiviteiten en dat niet door LBB kon worden gebruikt, dient evenwel nog van de sedertdien jaarlijks stijgende bedragen te worden afgetrokken.

(103) Het doelvermogen van WBK/IBB en het voor de stimuleringsactiviteiten van IBB benodigde kapitaal varieerde respectievelijk steeg voortdurend in waarde vanaf begin 1993. Deze waarden zijn in de tabel van overweging 142 aangegeven.

(104) Het nominale kapitaal van WBK/IBB ten belope van 187,5 miljoen DEM dat aan het nominale kapitaal van LBB werd toegevoegd, betrof liquide middelen. In 1994 werd 75,01 % van LBB en in 1998 de resterende 24,99 % aan BGB verkocht tegen een prijs van 1,5 miljard DEM. Het nominale kapitaal diende bijgevolg vanaf 1998 aan BGB te worden toegerekend.

(105) Wat dit aangaat zijn er drie grondslagen voor de berekening van een passende vergoeding: allereerst het liquide vermogen van 187,5 miljoen DEM voor 1993 en zo'n 46,9 miljoen DEM (wat overeenkomt met 24,99 % van de aandelen) voor de jaren 1994 tot 1997; in de tweede plaats de bestemmingsreserve en in de derde plaats de voor de stimuleringsactiviteiten benodigde middelen. Aangezien voor de eerste twee van hetzelfde minimumrendement kan worden uitgegaan, kunnen deze hieronder om te beginnen tezamen worden beschouwd.

Passende vergoeding voor het nominale kapitaal en de bestemmingsreserve

(106) Financiële beleggingen van uiteenlopende economische kwaliteit impliceren een uiteenlopend rendement. Om na te gaan of een bepaalde investering voor een particuliere investeerder in een markteconomie acceptabel is, moet daarom worden uitgegaan van de specifieke economische aard van de desbetreffende kapitaalmaatregel en van de waarde die het ingebrachte kapitaal voor LBB heeft.

Vergelijking met andere eigenvermogensinstrumenten

(107) Bij de bepaling van de passende vergoeding is van groot belang met welke andere eigenvermogensinstrumenten de inbreng van het WBK-vermogen vergelijkbaar is, aangezien de vergoeding voor de verschillende instrumenten op de markt verschilt. In het kader van het akkoord gingen BdB, de deelstaat en LBB ervan uit dat deze vergelijkbaar was met een deelneming in aandelenkapitaal.

(108) Ook de Commissie is van mening dat de inbreng van het WBK-vermogen nog het meest op een deelneming in aandelenkapitaal lijkt. Dit kan enerzijds zonder twijfel worden aangenomen voor het nominale kapitaal en behoeft hier geen nadere beschouwing. Anderzijds geldt dit echter ook voor de bestemmingsreserve, die door BAKred eveneens als basisvermogen werd erkend.

(109) In dit verband dient allereerst te worden benadrukt dat het vrij brede scala aan innovatieve eigenvermogensinstrumenten, dat de kredietinstellingen in meerdere landen thans ter beschikking staat, in Duitsland nog niet bestond toen in 1993 tot de overdracht van WBK aan LBB werd besloten. Een aantal van deze instrumenten werd pas na die tijd ontwikkeld; andere instrumenten bestonden al, maar waren in Duitsland niet erkend. De vergelijking van de bestemmingsreserve met dergelijke innovatieve instrumenten, waarvan de meeste pas later werden ontwikkeld en een aantal uitsluitend in andere landen beschikbaar zijn, kan daarom niet overtuigen.

(110) De Commissie is tevens van mening dat een vergelijking met derdenbelang niet als uitgangspunt kan dienen om de passende vergoeding te bepalen voor de als basisvermogen erkende bestemmingsreserve. Een belangrijk argument is in dit verband voor de Commissie dat het WBK-vermogen niet als derdenbelang, maar als bestemmingsreserve werd overgedragen. Ook BAKred heeft de inbreng als reserve en niet als derdenbelang overeenkomstig paragraaf 10 van de KWG erkend. Dat de Duitse toezichthoudende autoriteiten de inbreng als reserve behandelen, wijst erop dat het ter beschikking gestelde kapitaal meer gemeen heeft met aandelenkapitaal dan met derdenbelang.

(111) Bovendien is ook het risico dat het overgedragen kapitaal in geval van insolventie of liquidatie ten minste gedeeltelijk verloren gaat, niet geringer dan het risico dat verbonden is met een deelneming in aandelenkapitaal; het WBK-vermogen maakt immers een aanzienlijk gedeelte van het eigen vermogen van LBB uit en LBB heeft het desbetreffende vermogen jarenlang op grote schaal als buffer voor risicodragende activa gebruikt.

Liquiditeitsnadelen bij de bestemmingsreserve

(112) Een „normale" kapitaalinbreng verschaft een bank naast liquiditeit ook een vermogensbasis, die uit prudentieel oogpunt vereist is voor uitbreiding van de activiteiten van de bank. Om het kapitaal volledig te benutten, d.w.z. om haar met een risicogewicht van 100 % gewogen activa met een factor 12,5 uit te breiden (100 gedeeld door de solvabiliteitsratio van 8 %), moet de bank zich 11,5 maal op de financiële markten herfinancieren. Simpel gezegd: het verschil tussen 12,5 maal de ontvangen en 11,5 maal de betaalde rente minus de overige kosten van de bank (bijvoorbeeld de administratiekosten) is gelijk aan de opbrengst van het eigen vermogen ([30]).

([30]) In werkelijkheid ligt een en ander natuurlijk veel gecompliceerder, bijvoorbeeld vanwege posten buiten de balansstelling, verschillende aan activa toegekende risicogewichten en posten met nulrisico. Dit laat echter de kern van het betoog onverlet.

(113) Afgezien van het nominale kapitaal ten bedrage van 187,5 miljoen DEM heeft de overdracht van het WBK-vermogen LBB in eerste instantie geen liquiditeit verschaft. De bank moet derhalve extra financieringskosten ter hoogte van het bedrag van het kapitaal dragen wanneer zij de benodigde middelen op de financiële markten opneemt om de commerciële mogelijkheden die het extra eigen vermogen haar biedt volledig te benutten, d.w.z. om de risicogewogen activa uit te breiden met het 12,5-voudige van het kapitaalbedrag (of om de bestaande activa op hetzelfde niveau te handhaven) ([31]).

(114) Vanwege deze extra kosten, die bij de inbreng van eigen vermogen in een andere vorm niet hoeven te worden gemaakt, moet bij het berekenen van de passende vergoeding een evenredig bedrag worden afgetrokken. Een particuliere investeerder in een markteconomie kan in zo'n geval niet verwachten dat hij dezelfde vergoeding ontvangt als bij de inbreng van contanten.

(115) Daarbij is de Commissie van mening dat niet de gehele herfinancieringsrente moet worden verrekend. Herfinancieringskosten zijn bedrijfskosten en reduceren het belastbare inkomen. Het nettoresultaat van de bank daalt dus niet met het bedrag van de extra betaalde rente. Deze kosten worden namelijk gedeeltelijk gecompenseerd door een lagere vennootschapsbelasting. Alleen de nettokosten kunnen als extra lasten voor LBB worden aangemerkt in verband met het specifieke karakter van het overgedragen kapitaal. Kortom, de Commissie erkent dat er voor LBB extra „liquiditeitskosten" ontstaan ten belope van de „herfinancieringskosten minus bedrijfsbelastingen".

(116) Bij de onderhandelingen over het akkoord zijn de partijen, net als bij het akkoord inzake de Hamburgische Landesbank, waarbij de overdracht op hetzelfde tijdstip plaatsvond, uitgegaan van een lange risicovrije rente van 7,23 %. Daarnaast zijn de partijen overeengekomen om zich te baseren op een totale belastingdruk van 50 % ([32]). Zo kwamen zij uit op een nettoherfinancieringspercentage van 3,62 % en een dienovereenkomstige liquiditeitsaftrek. Deze aftrek geldt alleen voor de bestemmingsreserve.

Berekening van de te verwachten minimumvergoeding voor de bestemmingsreserve en het nominale kapitaal

(117) Een investeerder in een markteconomie baseert zich bij zijn rendementsverwachtingen op het gemiddelde historische rendement, dat over het algemeen ook een aanknopingspunt vormt voor de toekomstige bedrijfsresultaten, alsook op de conclusies die hij met name verbindt aan de analyse van het bedrijfsmodel van de onderneming gedurende de looptijd van de investering, de strategie en de kwaliteit van de bedrijfsvoering en de relatieve vooruitzichten van de desbetreffende sector. Ondernemingen die kapitaal nodig hebben, moeten een mogelijke investeerder ervan zien te overtuigen dat zij in staat zullen zijn op de lange termijn tenminste het rendement te behalen dat gemiddeld van, qua risico en bedrijfssector vergelijkbare, ondernemingen op de markt wordt verwacht. Als een onderneming niet aan deze verwachtingen met betrekking tot een op zijn minst gemiddeld rendement kan voldoen, zal de investeerder van deze investering afzien en overwegen zijn kapitaal te beleggen in een andere onderneming die bij eenzelfde risico een beter rendement in het vooruitzicht stelt.

(118) Er bestaan verschillende methoden om de passende minimumvergoeding te bepalen. Dit varieert van verschillende soorten financieringsmodellen tot de CAPM-methode (Capital Asset Pricing Model). Om de verschillende methoden te illustreren, is het zinvol twee componenten te onderscheiden, te weten een risicovrij rendement en een projectgebonden risicopremie: passend minimumrendement van een risicodragende investering = risicovrij basispercentage + risicopremie voor de risicodragende investering. Het passende minimumrendement van een risicodragende investering kan derhalve worden weergegeven als de som van het risicovrije rendementspercentage en de bijkomende risicopremie voor het aangaan van het met de investering samenhangende risico.

(119) Het vaste uitgangspunt bij het bepalen van het rendement is derhalve het bestaan van een risicovrije beleggingsvorm met een vermoedelijk risicovrij rendement. Gewoonlijk wordt het te verwachten rendement van door de overheid uitgegeven vastrentende waardepapieren gebruikt voor de vaststelling van het risicovrije basispercentage (of een index die op dergelijke waardepapieren is gebaseerd), omdat dit een beleggingsvorm met een vergelijkbaar gering risico betreft. Er bestaan echter verschillen tussen de diverse methoden met betrekking tot de berekening van de risicopremie:

— *financieringsmodel:* het te verwachten rendement van het eigen vermogen van een investeerder kan vanuit het oogpunt van de bank die het kapitaal gebruikt, worden aangemerkt als toekomstige financieringskosten. Bij deze benadering worden allereerst de historische kosten van het eigen vermogen bepaald van banken die vergelijkbaar zijn met de desbetreffende bank. Het rekenkundig gemiddelde van de historische kapitaalkosten wordt vervolgens gelijkgesteld aan de in de toekomst te verwachten kosten van het eigen vermogen en bijgevolg met de te verwachten rendementseis van de investeerder.

— *financieringsmethode met „compound annual growth rate":* bij deze methode staat het gebruik van het meetkundig gemiddelde in plaats van het rekenkundig gemiddelde centraal.

— *CAPM:* Het CAPM is het bekendste en meest beproefde model in de moderne financiële economie, waarbij het door een investeerder verwachte rendement met de volgende formule kan worden berekend: verwacht rendement = risicovrij basispercentage + marktrisicopremie × bèta. Met de bètafactor wordt het risico van een onderneming ten opzichte van het totale risico van alle ondernemingen gekwantificeerd. De risicopremie voor de betrokken investering wordt berekend door de marktrisicopremie te vermenigvuldigen met de bètafactor.

([31]) De situatie blijft gelijk als men gebruik maakt van de mogelijkheid om het aanvullende vermogen te verhogen tot het niveau van het basisvermogen (factor 25 i.p.v. factor 12,5 voor het basisvermogen).

([32]) Volgens documenten die door de Duitse autoriteiten zijn ingediend bedroeg de vennootschapsbelasting in 1992 46 %, waar nog een solidariteitstoeslag van 3,75 % bijkwam (in totaal dus 49,75 %). De totale belastingdruk daalde in 1993 tot 46 % en bedroeg van 1994 tot 2000 49,5 %. Vanaf 2001 bedraagt deze 30 %.

(120) Het CAPM is de methode waarmee het investeringsrendement van grote beursgenoteerde ondernemingen meestal wordt berekend. Aangezien LBB echter geen beursgenoteerde onderneming is, is het niet mogelijk haar bètawaarde rechtstreeks af te leiden. Deze methode kan derhalve alleen worden toegepast op basis van een schatting van de bètafactor.

(121) Duitsland staat over het algemeen kritisch tegenover de toepassing van de CAPM-methode. Uiteindelijk hebben de partijen hun akkoord toch op deze methode gebaseerd en zijn tot een passend vergoedingspercentage voor de inbreng van het nominale kapitaal en de bestemmingsreserve in LBB gekomen van 10,19 %.

(122) De partijen baseerden hun berekeningen op het CAPM en gebruikten voor LBB een risicovrije basisrente van 7,23 % per 31 december 1992. Voor de berekening van dit rentepercentage werd ervan uitgegaan dat het WBK-vermogen langdurig aan LBB ter beschikking zou worden gesteld. De partijen hebben er daarom van afgezien gebruik te maken van het aan een peildatum gebonden, op de markt op het moment van de overdracht waargenomen risicovrij rendement gedurende een vaste investeringsperiode (bijv. het rendement van tienjarige staatsleningen), omdat hierbij het herinvesteringsrisico, d.w.z. het risico dat na het verstrijken van de investeringsperiode niet opnieuw tegen dezelfde risicovrije rentevoet wordt geïnvesteerd, buiten beschouwing zou worden gelaten. Volgens de partijen wordt het investeringsrisico het beste in aanmerking genomen wanneer van een „Total Return Index" wordt uitgegaan. Daarom hebben zij de door de Deutsche Börse AG opgestelde REX10 Performance Index gebruikt, welke het rendement van een investering in de vorm van een lening van de Bondsrepubliek Duitsland met een looptijd van tien jaar weergeeft. De in dit geval gebruikte indexreeks bevat de jaarultimo's van de REX10 Performance Index vanaf 1970. Vervolgens hebben de partijen het rendement per jaar berekend overeenkomstig de ontwikkeling van de REX10 Performance Index in de periode 1970 tot 1992, en kwamen zij aldus uit op een risicovrije basisrente van 7,23 % (per 31 december 1992).

(123) Aangezien het ingebrachte kapitaal inderdaad langdurig aan LBB ter beschikking zou worden gesteld, lijkt deze berekeningswijze van de risicovrije basisrente in dit specifieke geval passend. Daarnaast vormt de REX10 Performance Index die bij de berekening werd gebruikt een algemeen erkende gegevensbron. Derhalve lijkt de berekende risicovrije basisrentevoet adequaat.

(124) Een bètafactor van 0,74 werd vastgesteld op basis van een rapport van KPMG over de zogenaamde „Adjusted Beta" van alle beursgenoteerde kredietinstellingen in Duitsland, dat bij de Commissie werd ingediend. In het licht van dit rapport en gezien de ondernemingsorganisatie van LBB dient deze bètafactor als passend te worden beschouwd.

(125) Ook de marktrisicopremie van 4,0 % lijkt de Commissie aanvaardbaar. Reeds tijdens de procedure die tot Beschikking 2000/392/EG heeft geleid, kwam de zogenaamde algemene marktrisicopremie op lange termijn, d.w.z. het verschil tussen het gemiddelde langetermijnrendement op een gewone aandelenportefeuille en het rendement op staatsleningen reeds veelvuldig aan de orde. In de deskundigenrapporten ter zake werden percentages toegepast van circa 3 tot 5 %, naargelang van de methode, de referentieperiode en de onderliggende gegevens. Zo werden in een in opdracht van BdB opgesteld rapport alternatieve cijfers van 3,16 % en 5 % gehanteerd, terwijl een ander rapport dat in verband met dezelfde procedure in opdracht van WestLB was opgesteld percentages van 4,5 % en 5 % noemde; Lehman Brothers, een onderneming die eveneens voor WestLB werkte, paste een percentage van 4 % toe. Tegen deze achtergrond ziet de Commissie in dit geval geen aanleiding om van het in het akkoord genoemde percentage af te wijken. De door de partijen op basis van het CAPM berekende minimumvergoeding is volgens de Commissie zonder meer redelijk.

(126) De Commissie stelt derhalve de passende minimumvergoeding vast op 10,19 % per jaar (telkens na bedrijfsbelastingen en vóór investeringsbelasting).

Geen rendementsopslag wegens volledige eigendom

(127) Er dient te worden nagegaan of er aanleiding bestaat voor een aanpassing van de vastgestelde minimumvergoeding. Overeenkomstig de aanpak in de andere procedures tegen deelstaatbanken kunnen de volgende drie kenmerken van de transactie een dergelijke opslag rechtvaardigen: ten eerste het achterwege blijven van de uitgifte van nieuwe aandelen en daarmee verbonden stemrechten, ten tweede het buitengewone volume van de vermogensoverdracht en ten derde het gebrek aan fungibiliteit van de investering.

(128) Net als in de andere procedures acht de Commissie opslagen voor de laatste twee aspecten niet gerechtvaardigd. Evenmin is een opslag mogelijk wegens het achterwege blijven van de uitgifte van nieuwe aandelen en daarmee verbonden stemrechten, aangezien de deelstaat Berlijn reeds 100 % van de stemrechten bezat.

Geen verlaging van de vergoeding op grond van de overeengekomen vaste vergoeding

(129) Bij aandelen bestaat er een rechtstreeks verband tussen de resultaten van de onderneming en de vergoeding, voornamelijk in de vorm van dividenden en een deelneming in de kapitaalaangroei van de onderneming (bijv. door een stijging van de aandelenkoers). De deelstaat ontvangt een vaste vergoeding waarin deze twee aspecten van de vergoeding voor een „normale" kapitaalinbreng tot uiting zouden moeten komen. Men zou kunnen betogen dat de vaste vergoeding die de deelstaat ontvangt in plaats van een rechtstreeks aan de resultaten van LBB gekoppelde vergoeding, een voordeel inhoudt dat een verlaging van de vergoeding rechtvaardigt. Of een dergelijke vaste vergoeding inderdaad gunstiger is dan een variabele, winstafhankelijke vergoeding hangt van de toekomstige resultaten van de onderneming af. Worden de resultaten slechter, dan is de vaste vergoeding voordelig, maar vertonen deze een verbetering, dan vormt zij een nadeel. Men kan zich evenwel niet achteraf op de feitelijke ontwikkeling baseren om een investeringsbeslissing te beoordelen. Daarom is de Commissie van mening dat de vergoeding niet om bovengenoemde reden moet worden verlaagd.

Totale vergoeding voor het nominale kapitaal en de bestemmingsreserve

(130) Op grond van al deze overwegingen komt de Commissie tot de slotsom dat het marktconforme minimumrendement op het kapitaal en de bestemmingsreserve 10,19 % per jaar (na de door de onderneming te betalen belastingen) zou hebben bedragen. Wegens het gebrek aan liquiditeit van de bestemmingsreserve dient hiervan 3,62 procentpunten voor de nettofinancieringskosten te worden afgetrokken.

Passende vergoeding voor de bedragen die nodig zijn voor de stimuleringsactiviteiten

(131) Ook de bedragen die nodig zijn voor de stimuleringsactiviteiten zijn voor LBB van materiële waarde en de economische functie ervan zou kunnen worden vergeleken met een garantie. Voor een dergelijk risico zou een investeerder in een markteconomie een passende vergoeding verlangen. In het akkoord tussen BdB, de deelstaat en LBB wordt deze kwestie buiten beschouwing gelaten.

(132) Duitsland beschouwde in de zaak WestLB een vergoeding van 0,3 % per jaar vóór belastingen als een passend uitgangspunt ([33]). Vanwege de fundamentele vergelijkbaarheid van WestLB en LBB alsook bij gebrek aan andere aanknopingspunten gaat de Commissie ervan uit dat dit percentage overeenstemt met de vergoeding die LBB ook begin jaren negentig op de markt zou hebben moeten betalen voor een aan haar verleende bankgarantie.

(133) De redenen die echter in Beschikking 2000/392/EG werden aangevoerd voor een verhoging van het percentage dat als uitgangspunt diende, zijn hier daarentegen niet van toepassing. In Beschikking 2000/392/EG vond een opslag van het genoemde percentage van 0,3 % per jaar (vóór belastingen) met nog eens 0,3 % per jaar plaats, omdat enerzijds bankgaranties gewoonlijk aan bepaalde transacties verbonden en beperkt in de tijd zijn (hetgeen bij WestLB niet het geval was) en anderzijds het aan WestLB ter beschikking gestelde bedrag van meer dan 3,4 miljard DEM hoger was dan hetgeen normaliter door dergelijke bankgaranties wordt gedekt.

(134) Een verhoging van de vergoeding van 0,3 % wegens het bijzonder hoge bedrag van de „garantie" lijkt bij een bedrag van circa 170 tot 350 miljoen DEM per jaar niet aan de orde. Dat dit percentage zou moeten worden verhoogd omdat LBB in principe onbeperkt over het WBK-vermogen kon beschikken, valt ook te betwijfelen, en wel om dezelfde redenen als waarom geen opslag werd toegepast op de vergoeding voor het kapitaal dat voor commerciële activiteiten kan worden gebruikt, aangezien de deelstaat over de mogelijkheid beschikte om het vermogen weer aan LBB te onttrekken, wat hij eind augustus 2004 ook inderdaad heeft gedaan.

(135) De garantiepremie valt voor LBB onder de bedrijfskosten en verlaagt derhalve de belastbare winst. De vergoeding voor het WBK-vermogen werd uit de winst na belastingen betaald. Daarom moet op het percentage van 0,3 % in beginsel het belastingpercentage worden toegepast. Evenals bij de herfinancieringskosten gaat de Commissie — in dit geval ten voordele van LBB — uit van een uniform globaal belastingtarief van 50 %; de vergoeding bedraagt aldus 0,15 % per jaar na belastingen.

([33]) Zie voetnoot 2, overweging 221.

(5) ***Het steunelement***

(136) Op grond van bovenstaande berekeningen beschouwt de Commissie een vergoeding van 10,19 % per jaar na belastingen voor het nominale kapitaal, van 6,57 % per jaar na belastingen voor het deel van de bestemmingsreserve dat door LBB als buffer voor haar activiteiten kon worden gebruikt, en van 0,15 % per jaar na belastingen voor de bedragen die nodig waren voor de stimuleringsactiviteiten maar die als eigen vermogen op de balans werden opgevoerd, als marktconform.

(137) Op basis van de genoemde berekeningsgrondslagen en vergoedingen voor de verschillende soorten overgedragen kapitaal zijn in de tabel in overweging 142 bedragen aangegeven die per element en per jaar als passende vergoeding hadden moeten worden betaald.

(138) Hiertegen moeten de bedragen worden afgezet die op het tijdstip van de investering reeds als vergoedingselement waren overeengekomen. Het betreft hier volgens de Commissie alleen de afgesproken, variabele vergoeding (zie tabel in overweging 142) voor het beroep dat op de bestemmingsreserve werd gedaan. Andere bestanddelen, zoals de door Duitsland vermelde waardestijgingen en de dividenduitkering van 238 miljoen DEM in 1993, kunnen niet daartegen worden afgezet.

(139) Duitsland heeft betoogd dat de waardestijgingen als gevolg van de twee verkooptransacties in 1994 en 1998 alsmede de dividenduitkering van 238 miljoen DEM op de te betalen vergoeding in mindering dienden te worden gebracht. Na de investering verrichte betalingen en gerealiseerde waardestijgingen kunnen niet in aanmerking worden genomen bij de toepassing van het beginsel van de investeerder in een markteconomie die, op grond van de informatie die hem op het tijdstip van de investering ter beschikking staat, hetzij een passend rendement kan verwachten hetzij een rechtstreekse vergoeding overeenkomt. Dividenduitkeringen of waardestijgingen die niet van tevoren kunnen worden berekend, kunnen derhalve niet van doorslaggevende betekenis zijn. Dit geldt tevens voor de vraag of de waardestijging als gevolg van verkoop al dan niet een bepaalde opbrengst genereert. En tenslotte is niet duidelijk waarom de uitkering van 238 miljoen DEM op grond van de ingebrachte bestemmingsreserve zou zijn gedaan; de betaling zou hoogstens ten dele in aanmerking kunnen worden genomen, en wel overeenkomstig de verhouding van de bestemmingsreserve tot het overige eigen vermogen van LBB.

(140) Daarnaast betoogde Duitsland dat één van de redenen voor de overdracht de potentiële synergieën waren, en niet de uitbreiding van het eigen vermogen van LBB. Aangezien deze synergieën het nut van het overgedragen kapitaal voor LBB niet aantasten en evenmin de uit de overdracht voortvloeiende kosten voor de bank verhogen, zouden zij niet van invloed mogen zijn op de omvang van de vergoeding die een investeerder in een markteconomie voor het ter beschikking gestelde eigen vermogen van de bank zou kunnen verlangen. Ook al zouden de synergieën een werkelijk voordeel voor de deelstaat opleveren, toch zou iedere concurrerende bank in een mededingingssituatie gedwongen zijn de deelstaat voor het financiële instrument

een „vergoeding" in de vorm van dergelijke voordelen te „betalen", naast een passende vergoeding voor het ter beschikking gestelde eigen vermogen. De Commissie is dan ook van mening dat eventuele synergie-effecten geen vergoeding inhouden van LBB voor de overdracht van WBK.

(141) Het verschil tussen de overeengekomen vergoeding van ca. 0,25 % per jaar en de passende vergoeding van 6,57 % per jaar (voor het gedeelte van de bestemmingsreserve van IBB dat voor de commerciële activiteiten kon worden gebruikt) respectievelijk die van 10,91 % per jaar voor het nominale kapitaal van WBK en 0,15 % per jaar (op het gedeelte van het vermogen dat als bankgarantie fungeert) vormt derhalve steun in de zin van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag.

(142) Het steunelement is derhalve als volgt samengesteld:

Waarde x mln DEM (jaarultimo)	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004 (1)	Totaal	Totaal €
1. Bestemmingsreserve van IBB	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		
Beslag door stimuleringsactiviteiten	168,7	180,1	273,2	323,8	346,4	233,6	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]		
Restant bestemmingsreserve	1 546,5	1 825,7	1 832,6	1 882,2	1 959,6	2 122,4	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]		
Rentetarief	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %	6,57 %		
Te betalen vergoeding	101,6	119,9	120,4	123,7	128,7	139,4	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2. Nominaal kapitaal van WBK	187,5	46,9	46,9	46,9	46,9									
Rentetarief	10,19 %	10,19 %	10,19 %	10,19 %	10,19 %									
Te betalen vergoeding	19,1	4,8	4,8	4,8	4,8								38,2	19,5
Borgstellingsprovisie	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %	0,15 %		
Te betalen vergoeding	0,253	0,270	0,410	0,486	0,520	0,350	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
3. Reeds betaalde vergoeding	0,0	0,0	0,0	1,2	3,4	3,6	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
4. Nog te betalen vergoeding	121,0	125,0	125,6	127,7	130,6	136,2	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	1 584,5	810,14

(1) 1.1.2004-31.8.2004. Vervolgens omzetting van 1,1 miljard EUR van de bestemmingsreserve van IBB in derdenbelang van de deelstaat in LBB bij marktconforme vergoeding.
Sedert 1.1.1999 wordt DEM tegen de koers van 1,95583 in EUR omgerekend. De bedragen in DEM dienen dienovereenkomstig te worden omgerekend in EUR.

(143) Met de afstoting van IBB door LBB werd de bestemmingsreserve per 1 september 2004 weer aan de deelstaat Berlijn overgedragen, waarbij ongeveer 1,1 miljard EUR van deze reserve in twee derdenbelangen van de deelstaat in LBB werd ingebracht. Met deze afstoting is per 1 september 2004 aan de hier onderzochte begunstiging een eind gekomen.

2.c VERVALSING VAN DE CONCURRENTIE EN NADELIGE GEVOLGEN VOOR HET HANDELSVERKEER TUSSEN DE LIDSTATEN

(144) Met de liberalisering van de financiële diensten en de integratie van de financiële markten wordt de banksector in de Gemeenschap steeds meer met concurrentievervalsing geconfronteerd. Deze tendens wordt nog versterkt in het kader van de economische en monetaire unie, waardoor de resterende concurrentiebelemmeringen op de markten voor financiële diensten worden weggenomen.

(145) De ontvanger van de steun, Landesbank Berlin, is zowel regionaal als internationaal actief in het bankbedrijf. LBB beschouwt zich als algemene zakenbank, centrale bank voor de spaarbanken en als deelstaat- en gemeentebank. Ondanks haar naam, haar traditie en haar wettelijk opgelegde taken is LBB zeker niet uitsluitend een lokale of regionale bank.

(146) Hieruit blijkt duidelijk dat LBB met haar bankdiensten concurreert met andere Europese banken buiten Duitsland alsook — aangezien ook banken uit andere Europese landen op de Duitse markt actief zijn — in Duitsland.

(147) Ook dient te worden gewezen op de nauwe samenhang tussen het eigen vermogen van een kredietinstelling en de bankactiviteiten van die instelling. Een bank kan alleen functioneren en haar commerciële werkzaamheden uitbreiden indien zij de beschikking heeft over voldoende erkend eigen vermogen. Aangezien LBB voor solvabiliteitsdoeleinden bij overheidsmaatregel van dergelijk eigen vermogen werd voorzien, werden de commerciële mogelijkheden van de bank rechtstreeks beïnvloed.

(148) Het lijdt dan ook geen twijfel dat steun ten gunste van LBB de mededinging verstoort en het handelsverkeer tussen lidstaten ongunstig beïnvloedt.

3. *VERENIGBAARHEID VAN DE MAATREGEL MET HET EG-VERDRAG*

(149) Op grond van het voorgaande kan worden geconcludeerd dat aan alle criteria van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag is voldaan en dat de overdracht van het WBK-vermogen derhalve steun in de zin van dit artikel inhoudt. Op grond hiervan moet worden onderzocht of de steun als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt kan worden beschouwd. Er dient evenwel te worden opgemerkt dat Duitsland met betrekking tot eventuele steunelementen in verband met de vermogensoverdracht geen beroep op uitzonderingsbepalingen heeft gedaan.

(150) Geen van de uitzonderingsbepalingen van artikel 87, lid 2, van het EG-Verdrag is van toepassing. De steun is niet van sociale aard en wordt niet verstrekt aan individuele verbruikers. Zij is evenmin gericht op het herstel van schade veroorzaakt door natuurrampen of andere buitengewone gebeurtenissen of op compensatie van door de deling van Duitsland berokkende economische nadelen.

(151) Aangezien de steun geen regionaal doel heeft — zij dient niet ter bevordering van de economische ontwikkeling van streken waarin de levensstandaard abnormaal laag is of waar een ernstig gebrek aan werkgelegenheid heerst, noch ter bevordering van de ontwikkeling van bepaalde regionale economieën — zijn noch artikel 87, lid 3, onder a), noch de regionale aspecten van artikel 87, lid 3, onder c), van het EG-Verdrag van toepassing. De steun wordt ook niet gebruikt om de verwezenlijking van een belangrijk project van gemeenschappelijk Europees belang te bevorderen. Evenmin is zij bedoeld om de cultuur en de instandhouding van het culturele erfgoed te bevorderen.

(152) Aangezien het economische voortbestaan van LBB niet op het spel stond toen de maatregel werd uitgevoerd, is het niet van belang of de ineenstorting van een grote kredietinstelling zoals LBB in Duitsland tot een algemene crisis in de banksector had kunnen leiden, hetgeen op grond van artikel 87, lid 3, onder b), van het EG-Verdrag steunmaatregelen zou kunnen rechtvaardigen om een ernstige verstoring van de Duitse economie ongedaan te maken.

(153) Overeenkomstig artikel 87, lid 3, onder c), van het EG-verdrag kunnen steunmaatregelen als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden beschouwd indien zij de ontwikkeling van bepaalde vormen van economische bedrijvigheid vergemakkelijken. Dit zou in principe ook voor herstructureringssteun in de banksector kunnen gelden. In casu zijn de voorwaarden voor deze uitzonderingsregeling echter niet aanwezig. LBB wordt niet aangemerkt als een onderneming in moeilijkheden die in aanmerking komt voor staatssteun voor het herstellen van haar rentabiliteit.

(154) Artikel 86, lid 2, van het EG-Verdrag, dat onder bepaalde omstandigheden uitzonderingen op de verdragsbepalingen inzake staatssteun mogelijk maakt, geldt ook voor de financiële sector. De Commissie heeft dit in haar verslag over „diensten van algemeen economisch belang in de banksector" bevestigd ([34]).

(155) Duitsland heeft niet aangevoerd dat een eventuele begunstiging van LBB door de overdracht van het WBK-vermogen slechts een compensatie vormde voor de kosten van de bank voor het uitvoeren van haar openbare taken. Volgens de Commissie is het duidelijk dat de overdracht plaatsvond om LBB in staat te stellen aan de nieuwe eigenvermogensvereisten te voldoen, en dat zij niet diende ter compensatie van de kosten van openbare taken.

(156) Aangezien geen van de uitzonderingen op het fundamentele verbod op staatssteun van artikel 87, lid 1, van het EG-Verdrag van toepassing is, kan de onderhavige staatssteun niet als verenigbaar met de bepalingen van het Verdrag worden beschouwd.

([34]) Dit verslag is op 23 november 1998 aan de Ecofin-Raad voorgelegd, maar niet gepubliceerd. Het is verkrijgbaar bij het directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie en op de website van de Commissie.

4. *GEEN BESTAANDE STEUN*

(157) De overdracht van het WBK-vermogen kan evenmin geacht worden te vallen onder de bestaande regeling „Anstaltslast und Gewährträgerhaftung" (institutionele aansprakelijkheid en aansprakelijkheid van de borg).

(158) Enerzijds is a priori niet voldaan aan de voorwaarde dat de aansprakelijkheid van de borg een garantie vormt jegens schuldeisers voor het geval het vermogen van de bank niet toereikend is om aan haar verplichtingen te voldoen. De kapitaalinbreng is niet bedoeld om de schuldeisers van LBB te voldoen en evenmin was het vermogen van de bank uitgeput.

(159) Anderzijds is ook de institutionele aansprakelijkheid in dit geval niet van toepassing. De institutionele aansprakelijkheid verplicht de aansprakelijke instantie ertoe om LBB van de middelen te voorzien die voor een behoorlijke bedrijfsvoering van de bank noodzakelijk zijn, indien deze instantie besluit dat de exploitatie moet worden voortgezet. LBB bevond zich op het moment van de kapitaalinbreng echter geenszins in een situatie waarin een behoorlijke bedrijfsvoering niet meer mogelijk was. De kapitaalinbreng was derhalve voor de voortzetting van een behoorlijke bedrijfsuitoefening van LBB niet noodzakelijk. LBB zou aldus op basis van een bewuste economische afweging van de deelstaat, die mede-eigenaar van de bank is, ook in de toekomst concurrerend op de markt kunnen optreden. Op een dergelijke normale economische beslissing van de deelstaat is de „noodbepaling" van de institutionele aansprakelijkheid niet van toepassing. Bij gebreke van andere bestaande steunregelingen overeenkomstig artikel 87, lid 1, en artikel 88, lid 1, van het EG-Verdrag moet de kapitaalinbreng derhalve als nieuwe steun in de zin van artikel 87, lid 1, en artikel 88, lid 3, van het EG-Verdrag worden aangemerkt.

5. *CONCLUSIE*

(160) De steun als gevolg van de inbreng van WBK/IBB op 1 januari 1993 kan noch op grond van artikel 87, lid 2 of lid 3, van het EG-Verdrag, noch op grond van enige andere verdragsbepaling als verenigbaar met de gemeenschappelijke markt worden aangemerkt. Derhalve wordt de steun onverenigbaar met de gemeenschappelijk markt verklaard. De steunmaatregel moet dientengevolge worden ingetrokken en het bedrag van het steunelement moet door Duitsland worden teruggevorderd -

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

De staatssteun ten bedrage van 810,14 miljoen EUR die Duitsland in de periode van 1 januari 1993 tot en met 31 augustus 2004 aan de Landesbank Berlin — Girozentrale heeft verleend, is onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt.

Artikel 2

Duitsland neemt alle noodzakelijke maatregelen om de in artikel 1 genoemde onrechtmatig ter beschikking gestelde steun van de ontvanger terug te vorderen.

Artikel 3

De terugvordering geschiedt onverwijld en in overeenstemming met de nationaal-rechtelijke procedures voor zover deze procedures een onverwijlde en daadwerkelijke tenuitvoerlegging van de onderhavige beschikking toelaten.

De terug te vorderen steun bevat rente vanaf de datum waarop de steun aan de begunstigde ter beschikking is gesteld tot de datum van de daadwerkelijke terugbetaling ervan.

De rente wordt berekend op grond van de bepalingen van hoofdstuk V van Verordening (EG) nr. 794/2004 van de Commissie ([35]).

Artikel 4

Duitsland deelt de Commissie binnen twee maanden vanaf de kennisgeving van deze beschikking mee welke maatregelen het heeft genomen om hieraan te voldoen; het maakt hierbij gebruik van de in de bijlage opgenomen vragenlijst.

Artikel 5

Deze beschikking is gericht tot de Bondsrepubliek Duitsland.

Gedaan te Brussel, 20 oktober 2004.

Voor de Commissie

Mario MONTI

Lid van de Commissie

([35]) PB L 140 van 30.04.2004, blz. 1.

BIJLAGE

INFORMATIE BETREFFENDE DE TENUITVOERLEGGING VAN DE BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

1. **Berekening van het terug te vorderen bedrag**

1.1. Geef de volgende details over het bedrag aan onrechtmatige staatssteun dat de begunstigde ter beschikking is gesteld:

Datum betaling (o)	Steunbedrag (*)	Valuta	Identiteit van de begunstigde

(o) Datum waarop de steun of individuele steuntranches aan de begunstigde ter beschikking zijn gesteld. (Gebruik afzonderlijke lijnen wanneer een maatregel uit meerdere tranches en vergoedingen bestaat).
(*) Steunbedrag dat de begunstigde ter beschikking is gesteld (in brutosubsidie-equivalent).

Opmerkingen:

1.2. Zet nader uiteen hoe de rente over het terug te vorderen steunbedrag zal worden berekend.

2. **Voorgenomen of reeds genomen maatregelen voor het terugvorderen van de steun**

2.1. Beschrijf nader welke maatregelen al zijn genomen en welke maatregelen zijn gepland om de steun onverwijld en daadwerkelijk terug te vorderen. Zet ook uiteen welke alternatieve maatregelen er in het nationale recht voorhanden zijn om tot terugvordering over te gaan. Vermeld, voorzover van toepassing, ook de rechtsgrondslag voor de genomen/voorgenomen maatregelen.

2.2. Tegen wanneer zal de terugvordering van de steun zijn afgerond?

3. **Reeds doorgevoerde terugvordering**

3.1. Geef de volgende details over de steunbedragen die van de begunstigde zijn teruggevorderd:

Datum (o)	Terugbetaalde steunbedrag	Valuta	Identiteit van de begunstigde

(o) Datum waarop de steun is terugbetaald.

3.2. Sluit informatie in waarmee de terugbetaling van in de tabel in punt 3.1 vermelde steunbedragen wordt gestaafd.