II

(Actos cuja publicação não é uma condição da sua aplicabilidade)

COMISSÃO

DECISÃO DA COMISSÃO

de 20 de Outubro de 2004

relativa a um auxílio concedido pela Alemanha a favor do Landesbank Berlin — Girozentrale

[notificada com o número C(2004) 3924]

(Apenas faz fé o texto em língua alemã)

(Texto relevante para efeitos do EEE)

(2006/736/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia, nomeadamente o n.º 2, primeiro parágrafo, do artigo 88.º,

Tendo em conta o Acordo sobre o Espaço Económico Europeu, nomeadamente o n.º 1, alínea a), do artigo 62.º,

Após ter convidado o Estado-Membro e as outras partes interessadas a apresentarem as suas observações em conformidade com as disposições supramencionadas [1] e tendo em conta essas observações,

Considerando o seguinte:

I. PROCEDIMENTO

(1) O procedimento tem como objecto a cessão do Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin, incluindo os seus activos, ao Landesbank Berlin — Girozentrale pelo *Land* de Berlim. O procedimento está relacionado com mais seis procedimentos contra a Alemanha por motivo de cessão de activos a bancos dos *Länder* (Landesbanken), nomeadamente o Westdeutsche Landesbank Girozentrale («WestLB»).

(2) Em 12 de Janeiro de 1993, a Comissão transmitiu à Alemanha um pedido de informações sobre as circunstâncias e os motivos de um aumento de capital no WestLB pela integração da Wohnungsbauförderanstalt («Wfa»), bem como sobre aumentos análogos dos fundos próprios dos Landesbanken de outros *Länder*. A Alemanha respondeu por cartas de Março e Setembro de 1993, descrevendo a transferência do Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin para o Landesbank Berlin — Girozentrale. A Comissão solicitou informações adicionais em Novembro e Dezembro de 1993, a que a Alemanha respondeu em Março de 1994. No primeiro destes dois pedidos de informação da Comissão, o caso Berlim foi expressamente mencionado.

(3) Por cartas de 31 de Maio e 21 de Dezembro de 1994, a *Bundesverband deutscher Banken e.V.* (Federação dos bancos alemães — «BdB»), que representa os bancos privados com sede na Alemanha, informou a Comissão, nomeadamente, da cessão do Wohnungsbau-Kreditanstalt Berlin («WBK»), incluindo os seus activos, ao Landesbank Berlin — Girozentrale em 31 de Dezembro de 1992 e, ao mesmo tempo, da transferência das atribuições do WBK para o Investitionsbank Berlin («IBB»), criado anteriormente e gerido como um serviço do Landesbank Berlin. A BdB considerou que o aumento dos fundos próprios do Landesbank Berlin resultante desta operação constituía uma distorção da concorrência em benefício do mesmo, uma vez que não tinha sido acordada uma remuneração em conformidade com o princípio do investidor numa economia de mercado. Pela carta de 21 de Dezembro de 1994, a BdB apresentou uma denúncia formal e convidou a Comissão a dar início a um procedimento contra a Alemanha ao abrigo do n.º 2 do artigo 93.º do Tratado CE (actual n.º 2 do artigo 88.º). A denúncia referia-se igualmente a casos análogos de cessão de activos a favor do Westdeutsche Landesbank, do Norddeutsche Landesbank, do Landesbank Schleswig-Holstein, do Hamburger Landesbank e do Bayerische Landesbank. Em Fevereiro e Março de 1995 e em Dezembro de 1996, diversos bancos associaram-se, a título individual, à denúncia apresentada pela sua federação.

[1] JO C 239 de 4.10.2002, p. 12.

(4) A Comissão começou por examinar a cessão de activos ao WestLB. Com a Decisão 2000/392/CE [2], a Comissão declarou finalmente em 1999 que a medida de auxílio (a diferença entre a remuneração paga e a remuneração normal de mercado) era incompatível com o mercado comum, tendo consequentemente intimado a recuperação do auxílio. Esta decisão foi anulada pelo Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias por acórdão de 6 de Março de 2003 [3], por falta de fundamentação relativamente a dois elementos utilizados para o cálculo do montante da remuneração, tendo de resto sido plenamente confirmada. Simultaneamente a esta decisão, a Comissão, tendo conhecimento de um acordo entre o autor da denúncia e todos os sete Landesbanken atingidos por procedimentos correspondentes, adoptou uma nova decisão que tem em conta as críticas apontadas pelo Tribunal.

(5) Em 1 de Setembro de 1999, a Comissão transmitiu à Alemanha um pedido de informações relacionado com as cessões aos outros Landesbanken, incluindo o Landesbank Berlin («LBB»).

(6) Por carta de 8 de Dezembro de 1999, a Alemanha transmitiu informações sobre a cessão do WBK ao Landesbank Berlin, completando essas informações por carta de 22 de Janeiro de 2001. Por outro lado, os representantes da Alemanha e da Comissão evocaram o problema das cessões e a restituição possível de eventuais auxílios no quadro dos auxílios à reestruturação a favor da Bankgesellschaft Berlin AG («BGB»), a que pertence o Landesbank Berlin desde 1994.

(7) Por carta de 2 de Julho de 2002, a Comissão comunicou à Alemanha a sua decisão de, em virtude do auxílio, dar início ao procedimento nos termos do n.º 2 do artigo 88.º do Tratado CE.

(8) Após uma prorrogação do prazo solicitada e concedida, a Alemanha apresentou as suas observações e informações adicionais por carta de 9 de Setembro de 2002. Em reuniões com representantes da Alemanha em 27 de Setembro de 2002, foram abordadas outras questões.

(9) A decisão da Comissão de dar início ao procedimento foi publicada em 4 de Outubro de 2002 no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* [4]. A Comissão convidou as partes interessadas a apresentarem as suas observações. Na sequência disso, recebeu observações de um concorrente, bem como da BdB, que foram remetidas à Alemanha em Novembro de 2002 para comentário. A Alemanha respondeu por carta de 16 de Dezembro de 2002.

(10) A pedido, a Alemanha forneceu mais informações sobre potenciais auxílios, por cartas de 22 e 27 de Janeiro de 2003, 28 de Fevereiro de 2003 e 19 de Agosto de 2003.

(11) Por decisão de 18 de Fevereiro de 2004, a Comissão aprovou os auxílios à reestruturação a favor da Bankgesellschaft Berlin AG, a que o LBB pertence. Esta decisão também cobria um acordo concluído em 23 de Dezembro de 2002 entre o *Land* de Berlim e a BGB relativo ao tratamento de eventuais direitos de recuperação por parte do *Land* de Berlim, decorrentes do presente procedimento de auxílio estatal, que foi considerado como auxílio à reestruturação [5].

(12) A Comissão solicitou à Alemanha mais informações sobre todos os procedimentos relativos aos Landesbanken por carta de 7 de Abril de 2004, a que a Alemanha respondeu por cartas de 1, 2 e 28 de Junho.

(13) Em 31 de Agosto de 2004, o Investitionsbank Berlin (antes WBK) foi separado do património do LBB. Em 25 de Agosto de 2004, a Alemanha transmitiu à Comissão uma documentação pormenorizada sobre as disposições legais e outras.

(14) Em 27 de Setembro de 2004, a Alemanha transmitiu o projecto de um acordo entre o autor da denúncia (a BdB), o *Land* de Berlim e o Landesbank Berlin, cuja versão revista deu entrada na Comissão em 24 de Outubro de 2004. Este acordo refere-se à remuneração adequada para os activos transferidos em 1 de Janeiro de 1993 para o LBB. Paralelamente, foram também celebrados acordos similares em cinco outros casos por motivos de transferência de activos para Landesbanken, os quais foram transmitidos à Comissão.

II. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DAS MEDIDAS

1. *LANDESBANK BERLIN — GIROZENTRALE («LBB»)*

(15) O LBB foi criado em 1990, tendo a *Sparkasse der Stadt Berlin West* sido transferida, simultaneamente, para o mesmo por meio de uma sucessão universal. Pouco tempo depois, a *Sparkasse der Stadt Berlin* da parte oriental da cidade foi transferida para o LBB. Desde então, as actividades da Sparkasse na cidade de Berlim são geridas por um departamento separado e sem autonomia jurídica do LBB com o nome de «Berliner Sparkasse».

(16) O LBB é uma instituição de direito público tendo o *Land* Berlim como proprietário e garante. Na altura da transferência do WBK no final de 1992, o LBB era detido a 100% pelo *Land* de Berlim, e tinha um total de balanço de aproximadamente 85 mil milhões de DEM e um pouco menos de 7 000 empregados. O LBB é um banco universal com actividades na área dos clientes privados e empresas (*retail banking*), financiamento imobiliário e clientes do sector público. Também exerce actividades no estrangeiro. Em 1992, as operações bancárias de retalho da Berliner Sparkasse constituíam o sector principal de actividade do LBB.

[2] JO L 150 de 23.6.2000, p. 1.
[3] Colect. 2003, p. II-435.
[4] JO C 239 de 4.10.2002, p. 12.
[5] Considerandos 32 e seguintes bem como 141 da Decisão da Comissão relativa a um auxílio à reestruturação concedido pela Alemanha a favor da Bankgesellschaft Berlin AG (ainda não publicada no Jornal Oficial).

(17) Desde 1994 que o LBB faz parte do grupo BGB, um «grupo de instituições» fundado no mesmo ano a partir da fusão de várias instituições de crédito anteriormente controladas pelo *Land* de Berlim. Como *holding*, a BGB, através de uma participação passiva atípica de aproximadamente 75%, participa nos activos e resultados do LBB, com excepção do instituto central de promoção do *Land*, o IBB. Em 1998, a BGB passou a deter o banco a 100%, graças à cessão dos lucros a que o *Land* tinha direito enquanto proprietário do Landesbank. O grupo BGB tinha, em 2001, um total de balanço de pouco menos de 190 mil milhões de euros, em 2002, de aproximadamente 175 mil milhões de euros e, em 2003, de aproximadamente 153 mil milhões de euros. O total de balanço do LBB elevava-se a cerca de 87 mil milhões de euros em 2001, a cerca de 85 mil milhões de euros em 2002 e a cerca de 93 mil milhões de euros em 2003. O *Land* de Berlim detém actualmente cerca de 81% das acções da BGB. Outros accionistas são o Norddeutsche Landesbank, com cerca de 11%, e a Gothaer Finanzholding AG (Parion Versicherungsgruppe), com cerca de 2%. Cerca de 6% do capital é composto por participações dispersas.

(18) Em 2001, a BGB entrou numa crise grave, essencialmente devido a actividades imobiliárias arriscadas, tendo a *Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen* (autoridade alemã de supervisão bancária — «BAKred», agora «BAFin») ([6]) ameaçado que iria tomar medidas de supervisão devido a rácios insuficientes de fundos próprios e de fundos próprios de base. Em Agosto de 2001, a BGB recebeu uma injecção de capital num montante de 2 mil milhões de euros, dos quais cerca de 1,8 mil milhões de euros do *Land* de Berlim, o que foi inicialmente autorizado pela Comissão como um auxílio de emergência a curto prazo. Após a descoberta de novos riscos, a BGB recebeu outros auxílios do *Land* de Berlim, os quais, juntamente com a injecção de capital, foram notificados à Comissão como medidas de reestruturação e examinados em pormenor por esta ([7]).

(19) Em 18 de Fevereiro de 2004, a Comissão encerrou a sua investigação e aprovou os auxílios num valor financeiro total de aproximadamente 9,7 mil milhões de euros. Para além da injecção de capital e das garantias abrangentes reunidas sob a forma de um denominado «dispositivo de protecção de risco», a decisão também cobria um acordo concluído em 23 de Dezembro de 2002 entre o *Land* de Berlim e a BGB relativo ao tratamento de eventuais direitos de recuperação por parte do *Land* de Berlim, decorrentes do presente procedimento de auxílio estatal («acordo sobre pagamentos de restituição») ([8]).

(20) Caso a Comissão decida exigir a recuperação do auxílio no procedimento em apreço, este acordo estipula que o *Land* de Berlim se obriga a prestar um auxílio ao saneamento sob a forma de participação financeira no capital do LBB, cujo montante seja suficiente para evitar, a nível do LBB e/ou do grupo BGB, uma eventual descida abaixo das quotas de capital referidas no acordo, resultante da ameaça de obrigação de pagamentos de restituição ([9]). Esta medida foi considerada necessária em 2002, devido ao risco considerável que uma possível recuperação representava para a restauração da rentabilidade do grupo BGB. No âmbito da decisão sobre a BGB, não é possível determinar o valor financeiro preciso da medida, uma vez que o actual procedimento ainda não foi concluído. Para efeitos da avaliação dos auxílios à reestruturação em termos de concorrência, nomeadamente para a avaliação das contrapartidas propostas pela Alemanha para reduzir a presença no mercado, o limite teórico desta medida foi calculado em 1,8 mil milhões de euros.

(21) Em resumo, convém notar que o acordo sobre pagamentos de restituição foi tido em conta como auxílio adicional em favor do grupo BGB ao definir o montante das contrapartidas da Alemanha, embora a aplicação deste acordo se limite a uma situação em que a Comissão decide o reembolso e em que, como resultado disso, os rácios de capital sejam inferiores aos níveis indicados no acordo.

2. *A TRANSFERÊNCIA DO WBK PARA O LBB*

(22) A reestruturação das participações bancárias de Berlim, que culminou na fundação do grupo BGB em 1994, foi iniciada em 1990 com a criação do LBB; para o qual foram transferidas depois as Caixas Económicas — primeiro, da parte ocidental e, depois, da parte oriental de Berlim. A seguir, em 1992, o *Land* de Berlim decidiu criar o IBB como instituição de direito público («Anstalt des öffentlichen Rechts»), independente em termos organizativos e económicos, sem personalidade jurídica e integrada no LBB e como organismo central de incentivo do *Land*. O WBK era até então uma instituição de direito público, com o *Land* de Berlim como proprietário e garante *(Anstalts- und Gewährträger)*. Foi-lhe assinalada a missão de interesse geral — a construção e manutenção de habitações. O WBK devia ser agora transferido com as suas tarefas para o IBB, ao qual foram dadas tarefas de incentivo alargadas, nomeadamente no domínio da infra-estrutura e da protecção do ambiente. A transacção foi efectuada em 31 de Dezembro de 1992, tendo o WBK sido transferido para o LBB, com todo o seu património, por meio de uma sucessão universal.

(23) Com a transferência, o anterior capital nominal do LBB aumentou em 187,5 milhões de DEM. A partir daí, este montante deixou de ser imputado ao património do IBB. As reservas de lucros do WBK elevavam-se a 1 905,8 milhões de DEM em 31 de Dezembro de 1992. Esta reserva de lucros foi e é indicada como reserva especial do IBB.

(24) Em 31 de Dezembro de 1992, a BAKred fixou o capital próprio de garantia do LBB em 3 127,714 milhões de DEM, o que correspondia a um aumento de 1 902,714 milhões de DEM. A BAKred teve em conta o aumento do capital nominal em 187,5 milhões de DEM e as reservas de lucros do WBK sem o excedente anual para 1992. Nos anos

([6]) Desde 1 de Maio de 2002, na sequência da fusão da supervisão dos bancos, seguradoras e da Bolsa: Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BAFin).

([7]) JO C 141 de 14.6.2002, p. 2.

([8]) Considerandos 32 e seguintes bem como 141 da Decisão da Comissão relativa a um auxílio à reestruturação a favor da Bankgesellschaft Berlin AG (ainda não publicada no Jornal Oficial).

([9]) Considerandos 32 e seguintes bem como 141 da Decisão da Comissão relativa a um auxílio à reestruturação a favor da Bankgesellschaft Berlin AG (ainda não publicada no Jornal Oficial).

seguintes, o capital próprio de garantia do IBB, sob a forma de reserva especial, aumentou continuamente.

3. *REQUISITOS DE CAPITAL NOS TERMOS DA DIRECTIVA «FUNDOS PRÓPRIOS» E DA DIRECTIVA «SOLVABILIDADE»*

(25) Em conformidade com a Directiva 89/647/CEE do Conselho, de 18 de Dezembro de 1989, relativa a um rácio de solvabilidade das instituições de crédito ([10]) (a seguir denominada «Directiva Solvabilidade») e a Directiva 89/299/CEE do Conselho, de 17 de Abril de 1989, relativa aos fundos próprios das instituições de crédito ([11]) (a seguir denominada «Directiva Fundos Próprios»), com base nas quais se procedeu à quarta alteração da lei relativa às instituições de crédito (*Kreditwesengesetz* — «KWG»), os bancos devem dispor de capital de garantia equivalente a 8% dos seus activos ponderados pelo risco. Pelo menos 4 pontos percentuais desse montante devem corresponder a fundos próprios de base (*Tier 1*), ou seja, os elementos de capital de que a instituição de crédito pode dispor de forma directa e ilimitada para cobertura de riscos ou perdas, logo que se verifiquem. Os fundos próprios de base revestem uma importância decisiva, uma vez que os fundos próprios complementares (*Tier 2*) só são reconhecidos para cobrir operações de risco no valor dos fundos próprios de base disponíveis. No âmbito da quarta alteração à KWG, os bancos alemães tinham de adaptar a sua dotação em capital de garantia às novas exigências até 30 de Junho de 1993.

4. *EFEITOS DA TRANSFERÊNCIA NA DOTAÇÃO EM CAPITAIS PRÓPRIOS DO LBB*

(26) De acordo com a Alemanha, as novas regras não foram decisivas para a transferência do WBK para o LBB, uma vez que este último satisfazia claramente as novas exigências em matéria de capital próprio mesmo sem as reservas de lucros do WBK. No entanto, no início dos anos 90 e sobretudo em Berlim, partiu-se do princípio de iria haver um surto de crescimento em resultado da unificação, o qual abria perspectivas para uma expansão dos negócios também no sector financeiro. Mas, para aumentar significativamente o seu volume de negócios, os bancos precisavam de uma maior base de capital, especialmente tendo em conta as novas regras em matéria de solvabilidade. A transferência do WBK proporcionou ao LBB uma base de capital consideravelmente reforçada para as suas actividades competitivas em matéria de crédito, o que lhe permitiu expandir significativamente as suas operações.

(27) O LBB pagou ou paga em média 0,25% ([12]) pelo recurso à reserva especial do IBB, mas apenas no montante efectivamente utilizado. O pagamento é feito não ao *Land* de Berlim, mas ao IBB. Há que ter em conta aqui o facto de que a parte da reserva especial do IBB susceptível de ser utilizada como base de fundos próprios de garantia era significativamente superior ao montante efectivamente utilizado. Só a partir de 1995 é que se recorreu à mesma.

III. MOTIVOS PARA DAR INÍCIO AO PROCEDIMENTO

(28) A Comissão tomou como ponto de partida para a sua análise o princípio do investidor numa economia de mercado. De acordo com este princípio, o facto de as empresas serem propriedade das administrações públicas e beneficiarem de contribuições de capital por parte das mesmas não implica que exista automaticamente um auxílio estatal. A entrada de fundos públicos só constitui favorecimento se os fundos próprios forem postos à disposição de uma empresa por um investidor público em condições que esta não obteria nas condições normais de mercado.

(29) Segundo a Comissão, haveria que investigar, neste caso, se os recursos teriam sido postos à disposição pelo *Land* de Berlim em condições que um proprietário privado — o investidor numa economia de mercado — também teria considerado aceitáveis ao conceder fundos a uma empresa privada. Um investidor numa economia de mercado não estaria disposto a disponibilizar fundos, especialmente se não fosse de esperar um retorno normal de mercado num espaço de tempo razoável para o capital investido.

(30) Do ponto de vista da Comissão, uma taxa média de 0,25% sobre os montantes efectivamente utilizados dificilmente poderia ser considerada como uma remuneração adequada para o *Land*, quando a taxa a longo prazo, sem risco (obrigações federais a 10 anos), se situava um pouco acima dos 7% em 1992. A Comissão observou também que a remuneração não foi paga directamente ao *Land*, mas ao IBB, que é uma divisão do LBB, embora, enquanto instituição de direito público e organismo central de incentivo do *Land*, opere como uma unidade separada em termos organizativos e financeiros dentro do LBB. Além disso, os montantes utilizados, tanto quanto é do conhecimento da Comissão, estavam muito abaixo dos montantes e partes da reserva especial susceptíveis de serem utilizados pelo LBB como base de capital próprio de garantia. No entanto, a base de capital próprio acrescida permitiu ao LBB expandir a sua capacidade de concessão de crédito e, desse modo, aumentar os seus negócios.

(31) A Comissão estabeleceu, no âmbito da sua avaliação preliminar, que os dados relativos ao montante do capital do IBB disponível para cobrir as responsabilidades, o montante utilizado e a remuneração paga estavam incompletos ou mesmo indisponíveis, e partiu inicialmente

([10]) JO L 386 de 30.12.1989, p. 14; substituída pela Directiva 2000/12/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (JO L 126 de 26.5.2000, p. 1).

([11]) JO L 124 de 5.5.1989, p. 16; substituída pela Directiva 2000/12/CE.

([12]) Obviamente 0,25% antes de impostos e 0,11% após impostos, de acordo com uma observação no quadro correspondente apresentado para o período 1995-98; no entanto, sem indicação de que impostos é que se trataria.

de um montante provisório para os fundos transferidos e utilizáveis de «aproximadamente 2 mil milhões de DEM».

(32) A Comissão reconheceu, com efeito, que a reserva especial não forneceu ao LBB qualquer liquidez, porque, ao abrigo da Lei de 25 de Novembro de 1992 relativa à criação do IBB, a reserva de lucros do WBK registada como reserva especial do IBB devia ser utilizada prioritariamente para financiar as tarefas de incentivo do IBB, sem prejuízo da sua função de capital próprio de garantia na acepção da KWG (lei bancária), e o LBB não podia utilizar os fundos transferidos directamente para as suas actividades de concessão de crédito. Para poder expandir efectivamente os seus negócios, o LBB tinha então de refinanciar por inteiro o volume adicional de crédito no mercado de capitais, de tal modo que o *Land* não podia esperar a mesma rendibilidade da de um investidor de capital líquido.

(33) No que respeita ao cálculo de uma remuneração em conformidade com o princípio do investidor numa economia de mercado, a Comissão informou que, nesta fase, tendo em conta as circunstâncias especiais do presente caso, tencionava aplicar a metodologia explanada na Decisão 2000/392/CE.

(34) De acordo com essa metodologia, a remuneração apropriada do capital que pode ser utilizado para sustentar as actividades comerciais é calculada a partir da remuneração de mercado para investimentos de capital social líquidos normais. É então aplicado um prémio ou uma dedução, para ter em conta as particularidades da medida em causa (antes de impostos do investidor). Para ter em conta os custos de liquidez resultantes da falta de liquidez do investimento de capital social em questão, os custos líquidos de refinanciamento (custos totais de refinanciamento menos impostos aplicáveis, nomeadamente imposto sobre as sociedades) são deduzidos dessa taxa.

(35) A Alemanha esclareceu que o LBB, tanto nos anos antes como depois da transferência, era uma empresa altamente rentável, com uma rendibilidade de capital próprio de alegadamente 5,37% em 1991, 13,5% em 1992 e 30,83% em 1993. A Comissão observou a esse respeito que a base do cálculo não havia sido esclarecida. Sem outras informações, não era possível avaliar este argumento no tocante à falta de elemento de auxílio na medida, segundo a Alemanha. As autoridades alemãs também haviam argumentado que o *Land* de Berlim havia recebido uma remuneração adequada pela função de garantia do capital do IBB para efeitos de supervisão com a venda à BGB das participações passivas do *Land* em 1994 e dos direitos a lucros em 1998 — em ambos os casos sem o IBB. No entanto, não foram fornecidos a este respeito mais pormenores.

(36) Em suma, faltam, segundo a Comissão, informações importantes para uma avaliação adequada e suficientemente detalhada da injecção de capital e da remuneração paga. Na sua decisão de iniciar o procedimento formal de investigação, solicitou, por isso, à Alemanha que lhe fornecesse essa informação — por exemplo, uma panorâmica total de todos os recursos transferidos, do montante reconhecido como capital próprio de garantia do LBB, da utilização e das remunerações, a fundamentação da remuneração, a base de cálculo da rendibilidade do capital próprio do Land da Baixa Saxónia, bem como os dados actualizados e todos os factores que, no parecer da Alemanha, asseguraram uma rendibilidade normal de mercado.

(37) No entanto, com base na informação disponível, a Comissão exprimiu sérias dúvidas sobre se o *Land* de Berlim havia recebido uma remuneração ou uma taxa de juro normal de mercado pela transferência de aproximadamente 2 mil milhões de DEM, que estiveram praticamente na íntegra à disposição do LBB como base de capital de garantia e o colocaram numa posição de vantagem relativamente aos seus concorrentes. A Comissão chegou, assim, à conclusão provisória de que houve, ou poderia ter havido, provavelmente uma distorção de concorrência e — dada a acrescida integração do sector dos serviços financeiros — se teriam verificado entraves ao comércio entre os Estados-Membros. Por conseguinte, seria verosímil considerar a medida como um auxílio na acepção do n.º 1 do artigo 87.º do Tratado CE. Uma vez que nenhuma das derrogações previstas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 87.º do Tratado CE é aplicável na situação em apreço, a Comissão partiu do princípio de que, no caso de ter existido um auxílio, havia razão para duvidar da sua compatibilidade com o mercado comum.

(38) Uma vez que nem a Alemanha nem qualquer outra pessoa singular ou colectiva argumentou que o LBB presta serviços de interesse económico geral na acepção do n.º 2 do artigo 86.º do Tratado CE, a Comissão não pôde chegar à conclusão de que o auxílio podia ser aprovado nos termos do n.º 2 do artigo 86.º do Tratado CE. Na falta de qualquer mudança nesta situação, a Comissão partiu do princípio de que este ponto não é relevante para uma decisão final sobre a avaliação da medida em causa.

(39) No âmbito da sua apreciação preliminar e em conformidade com o artigo 1.º, alínea b), do Regulamento n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo 93.º do Tratado CE ([13]), a Comissão esclareceu ainda que parte do princípio de que, no caso de a medida constituir um auxílio, se trata de um novo e não de um auxílio existente. Neste contexto, a Comissão remeteu igualmente para o n.º 2 do artigo 15.º do regulamento referido e sublinha que o prazo de prescrição foi interrompido pelas medidas descritas na decisão que inicia o procedimento, nomeadamente as cartas da Comissão de 12 de Janeiro, 10 de Novembro e 13 de Dezembro de 1993 e 1 de Setembro de 1999, pela decisão que inicia o procedimento neste caso, bem como pela decisão que inicia o procedimento e a Decisão final 2000/392/CE no caso WestLB. Uma vez que o auxílio potencial não foi notificado e produz efeitos desde a sua implementação, a Comissão também considerou que a decisão de dar início ao procedimento não acrescentou nada ao efeito suspensivo do n.º 3, terceira frase, do artigo 88.º do Tratado CE no que respeita à obrigação de a Alemanha não pôr em execução a medida antes de tal procedimento haver sido objecto de uma decisão final.

([13]) JO L 83 de 27.3.1999, com a redacção que lhe foi dada pelo Acto de Adesão de 2003.

IV. OBSERVAÇÕES DA ALEMANHA

(40) Nas suas observações, a Alemanha começou por apontar as razões para a transferência do então WBK (depois IBB), esclarecendo que os objectivos do *Land* na altura eram a criação de um «forte grupo bancário» no interesse não só das instituições de crédito fusionadas como também do *Land* enquanto proprietário e do seu sector bancário. Nesse contexto, a Alemanha sublinhou de novo que para o LBB, diferentemente do caso WestLB, o cumprimento dos rácios de capital nos termos das novas regras de solvabilidade não desempenhou qualquer papel na transferência, o que foi demonstrado pelo facto de o LBB não ter recorrido ao capital próprio de garantia do IBB (antes WBK) até ao final de 1995.

(41) A Alemanha confirmou que os 1,902714 mil milhões de DEM de capital próprio de garantia do LBB determinados para efeitos de supervisão bancária em 31 de Dezembro de 1992 correspondiam ao aumento originado pelos fundos transferidos. 187,5 milhões de DEM desse montante correspondiam ao aumento do capital nominal do LBB ([14]) e 1,715214 mil milhões de DEM à reserva de lucros do WBK, sem considerar o lucro líquido de 190,586 milhões de DEM do ano. Após 31 de Dezembro de 1992, ou seja, em 1 de Janeiro de 1993, todas as responsabilidades do WBK foram transferidas para o IBB, que, por seu turno, foi transferido para o LBB. O capital transferido e a reserva especial estavam à disposição do LBB como fundos próprios de base de garantia até 31 de Dezembro de 1992 ou 1 de Janeiro de 1993.

(42) Nos anos seguintes, segundo a Alemanha, a reserva especial do IBB cresceu continuamente. A reserva especial do IBB não estava, porém, inteiramente à disposição do LBB, uma vez que parte dela era necessária todos os anos para sustentar as actividades de incentivo do IBB. A Alemanha transmitiu dados precisos para cada ano desde 1993 até 2003 (incluídos no quadro, no considerando 149).

(43) Com a separação do IBB do LBB em 1 de Setembro de 2004, a reserva especial tornou a voltar para o *Land* de Berlim, tendo cerca de 1,1 mil milhões de euros sido transferidos para duas participações passivas do *Land* no LBB.

(44) O capital nominal do IBB no valor de 187,5 milhões de DEM incorporado na altura permaneceu no capital nominal do LBB. O LBB, por seu turno, foi vendido à BGB em 1994 (75,01% das acções) e em 1998 (24,99% das acções).

(45) A Alemanha completou também os outros dados. Declarou mais uma vez que apenas uma parte da reserva especial havia sido efectivamente utilizada para efeitos de garantia. O montante utilizado parcialmente para efeitos de garantia, a partir de Dezembro de 1995, variou entre cerca de 212 milhões de DEM em 1995 e um pouco mais de […] (*) mil milhões de DEM nos últimos anos. As remunerações pagas ao IBB pela utilização a partir de Dezembro de 1995 (entre mais de 1 milhão de DEM em 1995/96 e […] milhões de DEM em 2001) foram calculadas mensalmente com base numa taxa de juro que, no período em causa, variou entre 0,2% (1998) e 0,35% (1996). Os montantes precisos fornecidos pela Alemanha encontram-se no quadro, no considerando 142.

(46) Como base para determinar a remuneração para qualquer utilização da reserva especial do IBB, a Alemanha comunicou uma resolução do conselho de administração de Junho de 1993. A resolução estabelece que «… ao Investitionsbank Berlin devia ser paga por este encargo de capital próprio (utilização) uma remuneração num montante equivalente ao custo de obter capital de garantia subordinado». Esta resolução foi concretizada em 1995, de tal modo que a remuneração foi equiparada a um prémio de subordinação. Como razão foi apontado o facto de que o LBB poderia ter obtido alternativamente fundos subordinados no mercado, os quais teriam estado inteiramente à disposição do LBB não só para efeitos de garantia como também para efeitos de receitas.

(47) No entanto, uma vez que a reserva especial do IBB apenas desempenha a função de garantia, a diferença entre a taxa de juro para capital externo normal, que não desempenha uma tal função, e o capital que também desempenha essa função de garantia foi fixada como o «preço» pela função de utilização comprada. Este prémio foi calculado em pontos de base em comparação com a LIBOR (London Interbank Offered Rate) a partir de termos específicos ou dados de mercado externos para empréstimos subordinados. As bases de cálculo e os dados estatísticos foram incluídos em anexo.

(48) A Alemanha justifica a decisão de remunerar apenas a parte da reserva especial do IBB efectivamente utilizada pelo facto, nomeadamente, de a reserva especial estar, a título primário, à disposição do IBB e, caso se revele insuficiente, ser o LBB primariamente a ter de reduzir os seus activos de risco ou a obter fundos subordinados no mercado. Como proprietário do IBB, o *Land* de Berlim tinha em qualquer altura o direito de retirar partes da reserva especial.

(49) Neste contexto, a Alemanha também comentou que a liquidez da reserva especial do IBB estava vinculada inteiramente aos negócios existentes do IBB e não estava à disposição do LBB para efeitos financeiros. O IBB tinha de sustentar por si mesmo com fundos próprios os seus créditos concedidos e, assim, de recorrer à reserva especial. A Alemanha esclareceu que, devido a estas especificidades, os activos do WBK não podiam ser equiparados a investimentos financeiros livremente disponíveis e que, portanto, apenas estava em causa a função de garantia e, desse modo, a função de expansão dos negócios.

(50) Se a remuneração foi paga ao *Land* ou ao IBB não tem aqui qualquer importância, uma vez que o *Land*, enquanto garante tanto do IBB como do LBB, tiraria proveito, em qualquer caso, quer através de um acréscimo de valor do LBB e da distribuição de lucros, quer através de afluxos para a reserva especial do IBB a que o *Land* tem direito.

([14]) Este montante não é imputado, desde então, ao património.

(*) Informações confidenciais; a seguir, […].

(51) Mas, para além destes comentários sobre a remuneração directa, a Alemanha argumentou que, em princípio, não era um factor, ou não era o único factor, numa decisão de investimento e que, «de acordo com a jurisprudência, … um investidor que não tem e também não procura ter uma participação significativa na sociedade em causa, mas que está interessado numa rendibilidade rápida do seu investimento, tem de ser distinguido dos investidores que se orientam a longo prazo, como as *holdings*». Os últimos orientam-se pelas expectativas de rendibilidade a longo prazo e teriam em conta também considerações estratégicas.

(52) Como único proprietário do LBB, o *Land* assumiu, na altura do investimento, que iria beneficiar total e directamente do acréscimo de valor do LBB em resultado da transferência do WBK. Com base no critério de avaliação aplicado pela Comissão na Decisão 2000/392/CEG ([15]), «deverá considerar-se que uma medida financeira não seria aceitável para um investidor numa economia de mercado caso a situação financeira da empresa fosse tal que não permitisse prever uma rendibilidade normal (em dividendos e mais-valias) num período de tempo razoável». O que importa são, portanto, as expectativas de rendibilidade na altura da decisão de investimento.

(53) A Alemanha indicou inicialmente que a rendibilidade do capital próprio do LBB foi de 13,5% em 1992 e de 30,83% em 1993. Estes números, transmitidos em 1999, devem ser relacionados com o rácio «resultados antes de impostos (sobre o rendimento)/capital próprio indicado no balanço no início do mesmo ano». No entanto, ao transmitir estes números, a Alemanha não incluiu no capital próprio do LBB a reserva especial do IBB a partir de 1993. A pedido da Comissão, isso foi corrigido pelo envio de séries de dados cobrindo um período mais longo. Para o período 1985-1992, registou-se, de acordo com estes números, uma rendibilidade média do capital próprio de aproximadamente 13%.

(54) A Alemanha declarou que estes números se situavam dentro da margem de valores obtidos pelos bancos privados alemães no período em questão. Inicialmente, porém, não havia dados, comparáveis em termos de metodologia, de outros bancos. Subsequentemente, a Alemanha apresentou os seus próprios cálculos com base nas contas de lucros e perdas publicadas de 35 bancos alemães ([16]). Com base em «resultados antes de impostos/capital próprio indicado no balanço no início do mesmo ano», chegou-se a uma rendibilidade média do capital próprio de aproximadamente 11% em 1992 e de pouco menos de 13% para o período de 1988 a 1992.

(55) A Alemanha declarou que, de um ponto de vista empresarial, o nível de desempenho era um factor decisivo numa decisão de investimento e que, no caso dos bancos, isso podia ser derivado sobretudo dos lucros das actividade normais ou dos resultados da empresa em relação com o capital próprio indicado no balanço, uma vez que as receitas e despesas extraordinárias não são então tidas em conta. Nos anos 1990-92, o LBB enfrentou circunstâncias extraordinárias, nomeadamente a integração da «Sparkasse Ost» e a criação (com tal relacionada) de um regime de pensões próprio, ao mesmo tempo que teve de pagar uma indemnização pela retirada do Fundo de Pensões da Federação e dos *Länder* e uma provisão de risco para os riscos bancários gerais da antiga «Sparkasse Ost».

(56) No que respeita à obtenção de rendibilidades de capital próprio metodologicamente comparáveis de outros bancos no mesmo período, a Alemanha declarou que só a partir de 1993 é que foi requerido a estes bancos que indicassem separadamente os resultados extraordinários, bem como os resultados das actividades normais na conta de lucros e perdas, o que não pode ser comparado com a metodologia anterior a 1993, uma vez que até aí as receitas e despesas extraordinárias eram incluídas, conjuntamente com outras rubricas, na rubrica «outras receitas e despesas» e, portanto, não podiam ser identificadas com precisão. Para o período anterior a 1993, a Alemanha apresentou os seus próprios cálculos. No decurso do procedimento, a Alemanha efectuou correcções e aditamentos ao método de cálculo das rendibilidades do capital próprio do LBB, para tornar os números do LBB comparáveis aos inquéritos oficiais do Bundesbank sobre os bancos alemães. Segundo a Alemanha, isso não alterou em nada a avaliação de base segundo a qual as rendibilidades do capital próprio do LBB estavam em linha com a média do sector.

(57) Do ponto de vista da Alemanha, todos os dados mostram que, no momento da injecção de capital, o LBB era uma sociedade com uma alta capacidade de gerar receitas. O *Land* de Berlim era o único proprietário e o único a beneficiar do sucesso comercial do banco, seja na forma de dividendos ou de mais-valias. O *Land* não teve, assim, de partilhar o aumento esperado de rendibilidade com outros accionistas e a transferência quase «intra-grupo» foi, do ponto de vista de um investidor numa economia de mercado, um comportamento oportuno. A questão sobre se o LBB pagou uma remuneração (e quanto) pela injecção de capital era, portanto, irrelevante para a avaliação da natureza de economia de mercado da transferência.

(58) A Comissão baseou-se expressamente nesse critério de avaliação na sua Decisão 2000/392/CE: «Consequentemente, uma forma de garantir uma rendibilidade adequada do capital disponibilizado seria aumentar em conformidade a participação do Land no WestLB, desde que a rendibilidade total do banco correspondesse à taxa normal de rendibilidade que um investidor numa economia de

([15]) Ver nota 2, n.º 162.

([16]) Contas de lucros e perdas publicadas na base de dados da empresa Hoppenstedt; entre os 35 bancos seleccionados, incluem-se 4 grandes bancos privados, 5 outros bancos privados, 17 instituições do sector público, 2 bancos cooperativos e 7 bancos de empréstimos hipotecários.

mercado esperaria obter do seu investimento. Ter-se-ia assim evitado a discussão sobre se a remuneração de 0,6% era adequada. Mas não foi essa a opção do *Land* ([17]).»

(59) Neste contexto, a Alemanha esclareceu também que o acréscimo de valor do LBB em resultado do património do WBK após a incorporação do LBB na BGB veio beneficiar o *Land*. A transferência, efectuada em três etapas em 1994 e 1998, de 100% da propriedade económica no LBB para a BGB foi realizada com base em pareceres de vários auditores e de um banco de investimento sobre o valor da participação passiva do *Land* transferida para o LBB e sobre a aceitabilidade em termos de mercado das contrapartidas — acções da BGB transferidas, inclusive em relação com outros accionistas. A Alemanha transmitiu extractos relevantes desses pareceres e da correspondência relacionada com os auditores. De acordo com esses documentos, o valor do LBB foi estimado em cerca de 3,5 mil milhões de DEM em 1993 (sem o IBB propriamente dito, mas tendo em conta o rácio de fundos próprios de base do LBB aumentado pela reserva especial) e, por um outro perito, em pouco menos de 6 mil milhões de DEM em 31 de Dezembro de 1997.

(60) Na opinião da Alemanha, de resto, a metodologia utilizada pela Comissão na Decisão 2000/392/CE era incorrecta, porque partia da comparabilidade com investimentos de capital social líquidos e normais. Esta abordagem não tinha em conta as particularidades da transacção em causa. Adequado seria utilizar instrumentos de capital próprio comparáveis para calcular inclusive o valor inicial. Embora isso possa ser difícil, como a Comissão já o explicou no caso WestLB, as dificuldades não seriam superadas pelo facto de se usar um instrumento de capital próprio completamente inadequado, quase como forma de «contornar» o problema.

(61) Também foi um erro utilizar a rendibilidade média como medida. Primeiro, uma rendibilidade abaixo da margem que está à disposição dos investidores para efeitos de avaliação também já não é aceitável para um investidor privado. Por último, é falso deduzir apenas os custos líquidos de refinanciamento em vez dos custos totais de refinanciamento. Quaisquer poupanças fiscais da empresa são irrelevantes do ponto de vista do investidor. Uma outra consideração em termos de controlo mostrou que esta abordagem era inaceitável, uma vez que, no caso de uma transferência não-líquida de capital, a função de receitas do capital continuaria a estar à disposição do investidor, de tal modo que este as podia reinvestir para receber, pelo menos, juros sem risco, obtendo, portanto, uma «dupla» receita.

(62) A Alemanha argumentou também que o prazo de prescrição expirou (n.º 1 do artigo 15.º do Regulamento n.º 659/1999) e que a Comissão, portanto, não tem poderes para recuperar eventuais auxílios. A resolução básica sobre a transferência do WBK foi adoptada já em 16 de Junho de 1992, ou seja, mais de dez anos antes da decisão de dar início ao procedimento, que foi enviada em 4 de Julho de 2002. A resolução expressava a intenção básica de fundir as participações bancárias do *Land* e o WBK numa *holding* (mais tarde a BGB), desde que pudessem continuar as actividades de incentivo do WBK e fosse garantida a assunção das tarefas de soberania e a isenção fiscal. A decisão era do domínio público desde então, e a Comissão foi informada em 1999 da data da decisão.

(63) Em várias decisões, a Comissão já considerou a declaração de intenção do organismo competente — mesmo sujeita a condições — como o momento da implementação do auxílio. Tal foi, nomeadamente, também a posição adoptada pela Comissão na decisão sobre o auxílio de emergência para a BGB ([18]), embora a decisão em causa, adoptada em 22 de Maio de 2002, requeresse ainda a aprovação do Parlamento e da Comissão.

(64) Além disso, do ponto de vista da Alemanha, não houve qualquer interrupção do prazo de prescrição nos termos do n.º 2, segunda frase, do artigo 15.º do Regulamento n.º 659/1999, segundo o qual o prazo de prescrição só pode ser interrompido por medidas da Comissão. Tal aconteceu pela primeira vez com a carta da Comissão sobre o início do procedimento datada de 4 de Julho de 2002, e não com o mero pedido de informação, que não constitui nenhuma medida da Comissão ou do membro responsável da Comissão. Há ainda que ter em conta o facto de o prazo de prescrição existir para servir os interesses da segurança jurídica, não apenas nas relações entre a Comissão e os Estados-Membros, mas também do beneficiário do auxílio. Uma vez que à Alemanha foi solicitado pela primeira vez no início do procedimento que enviasse uma cópia da carta ao beneficiário do auxilio, o que aconteceu em 9 de Julho de 2002, o prazo de prescrição foi interrompido apenas nesse dia. Dado que a medida em causa, que devia ser sujeita ao controlo de auxílio, foi a decisão de 16 de Junho de 1992, ela constitui, no caso de ser um auxílio, um auxílio existente nos termos do n.º 3 do artigo 15.º do Regulamento n.º 659/1999.

V. OBSERVAÇÕES DE OUTRAS PARTES INTERESSADAS

(65) Após a publicação no Jornal Oficial ([19]) da decisão que inicia o procedimento, a Comissão recebeu comentários do Berliner Volksbank («BV») e da Bundesverband deutscher Banken («BdB») em Outubro e Novembro, respectivamente.

(66) Na opinião do BV, a transferência do WBK constitui um auxílio, porque foi disponibilizado capital em condições que um investidor numa economia de mercado não teria aceite. Os pagamentos foram efectuados pelo LBB ao IBB, que era gerido como uma divisão do LBB; além disso, a taxa de juro acordada de 0,25% está muito abaixo das taxas normais de mercado, como o vieram a mostrar, nomeadamente, as Decisões 2000/392/CE (WestLB) bem como 95/547/CE ([20]) e 98/490/CE ([21]) (Crédit Lyonnais), onde se tomou por base uma rendibilidade esperada do capital próprio de pelo menos 12%. Este auxílio conduz a uma

([17]) Ver nota 2, n.º 182.

([18]) NN 53/2001; Decisão da Comissão de 25 de Julho de 2001.

([19]) Ver nota 1.

([20]) JO L 308 de 21.12.1995, p. 92.

([21]) JO C 221 de 8.8.1998, p. 28.

grave distorção da concorrência comunitária, e tem sobretudo sérias consequências em Berlim, onde a BGB, incluindo o LBB (bem como o Berliner Bank e a Berliner Sparkasse) é líder de mercado nas actividades na área dos clientes privados e empresas. Em comparação, o BV era um pequeno concorrente com acções de mercado de 5-7%, pelo que era particularmente afectado pelo impacto negativo do auxílio. As observações terminam com o pedido à Comissão para exigir a recuperação do auxílio.

(67) A BdB começou por esclarecer que o procedimento em causa formava parte de uma série de investigações da Comissão, nomeadamente a transferência das instituições de apoio à habitação dos *Länder* para os Landesbanken que exerciam actividades concorrenciais. Contrariamente às declarações da Alemanha, também no caso do LBB tinham sido decisivas as exigências em matéria de capital próprio nos termos da Directiva «Solvabilidade». Prova disso era já o momento da transferência e também os comentários do senador (do governo do *Land*) responsável na altura, que mencionou as disposições europeias em matéria de capital próprio que se esperava virem a tornar-se mais rigorosas. Assim, não há diferenças relevantes em termos de auxílios estatais entre a transferência em apreço do WBK para o LBB e a transferência do WfA para o WestLB, de tal modo que a metodologia utilizada pela Comissão na Decisão 2000/392/CE pode ser transposta para aqui.

(68) A BdB observou ainda que não se trata aqui apenas de uma reserva especial, mas também de uma transferência do capital do WBK no valor de 187,5 milhões de DEM, que foi incorporado no capital subscrito do LBB, o que constitui uma vantagem financeira na medida em que influencia o *rating* e os termos da obtenção de capital externo. No entanto, de muito maior importância era, no conjunto, o aumento dos fundos próprios de base reconhecidos para efeitos de supervisão em resultado da transferência. Como estavam inteiramente disponíveis como capital de garantia, apesar de a reserva especial ser utilizada primariamente para actividades de incentivo, não é a sua finalidade que está em causa. Decisiva era a vantagem económica da função de expansão das actividades, inclusive pelo facto de os fundos próprios de base terem uma função de alavanca poderosa (a capacidade de concessão de crédito aumenta 12,5 vezes no caso de activos ponderados pelo risco a 100%, como, por exemplo, os empréstimos às empresas, e 25 vezes no caso de activos ponderados pelo risco a 50%, como os empréstimos a instituições públicas). No caso de uma obtenção de capital complementar, com fundos próprios de base (hipoteticamente) no valor de mil milhões de euros e uma ponderação pelo risco de 50%, podiam mesmo ser concedidos créditos no valor de 50 mil milhões de euros.

(69) Para o cálculo do que constitui uma remuneração normal de mercado, a BdB remeteu para a metodologia comprovada e utilizada pela Comissão na Decisão 2000/392/CE e para a marca de aferição utilizada aí de 12% para uma rendibilidade normal de mercado, em relação à qual, numa segunda fase, foram aplicados prémios e deduções para ter em conta as particularidades da transacção. De qualquer modo, nem os 0,25% pagos ao IBB nem a venda da participação passiva e a cessão dos direitos a lucros à BGB em 1994 e 1998 podem ser considerados como uma remuneração normal de mercado.

(70) Por um lado, não era apropriado fazer o pagamento apenas em relação ao montante utilizado, por outro, o IBB pertencia ao LBB, de tal modo que o LBB quase que pagou a si mesmo e não ao *Land*. Além disso, o argumento da Alemanha de que a função de garantia da reserva especial havia sido remunerada adequadamente pelo estabelecimento de uma participação passiva atípica do LBB na BGB em 1994 não era convincente, uma vez que não estavam disponíveis dados importantes sobre os valores e, em princípio, era errado confinar a avaliação ao ponto de vista do dador do auxílio. Relevante para a avaliação do auxílio estatal é a transferência do WBK para o LBB em 31 de Dezembro de 1992, as vantagens conferidas desse modo ao LBB e as distorções de concorrência daí resultantes, e não o facto de a dívida do auxílio ter sido liquidada subsequentemente. Além disso, a transferência do LBB para a BGB foi uma transacção interna ao grupo, uma vez que a BGB era detida maioritariamente pelo *Land*. O mesmo se aplica à cessão dos direitos a lucros à BGB no montante remanescente de 24,99% em 1998. De qualquer modo, não houve até 1998 uma eliminação completa do elemento de auxílio.

(71) Subsequentemente, e muito depois de ter expirado o prazo para a apresentação de comentários por terceiros estabelecido no Regulamento n.º 659/1999, a BdB completou este ponto, declarando, nomeadamente, que o valor de venda calculado para o LBB e para a participação passiva no LBB para efeitos da criação da BGB não havia incluído o IBB, de tal modo que, do ponto de vista da BdB, a função de garantia da reserva especial do IBB não podia ter sido incluída no valor de venda da participação passiva no LBB.

(72) Em relação ao prazo de prescrição de dez anos para recuperar o auxílio nos termos do n.º 1 do artigo 15.º do Regulamento n.º 659/1999, a BdB declarou que este havia começado apenas em 31 de Dezembro de 1992 com a lei relativa ao criação do IBB, pelo que não podia terminar antes de 31 de Dezembro de 2002. No entanto, este prazo havia sido interrompido, de acordo com o n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 659/1999, por actos da Comissão. O âmbito de aplicação desta disposição era amplo e cobria qualquer acção da Comissão no quadro das suas investigações, incluindo os pedidos de informação. Um ponto de referência para uma outra interpretação da disposição é o Regulamento (CEE) n.º 2988/74, de 26 de Novembro de 1974, relativo à prescrição quanto a procedimentos e execução de sanções no domínio do direito dos transportes e da concorrência da Comunidade Económica Europeia ([22]), nos termos do qual a interrupção está ligada a qualquer «acto … tendo por fim a instrução ou

([22]) JO L 319 de 29.11.1974, p. 1, com a redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 (JO L 1 de 4.1.2003, p. 1).

repressão da infracção». De resto, a própria Alemanha pediu à Comissão para esclarecer primeiro as questões contenciosas no caso WestLB e, só por isso, já não podia invocar o prazo de prescrição.

VI. REACÇÃO DA ALEMANHA ÀS OBSERVAÇÕES DE OUTRAS PARTES INTERESSADAS

(73) Nas suas observações de 16 de Dezembro de 2002, a Alemanha remeteu essencialmente para as suas próprias observações sobre a decisão que dá início ao procedimento e para o seu argumento de que, no caso em apreço, não havia qualquer auxílio estatal. Além disso, limitou-se a uma breve resposta a pontos individuais de ambas as observações.

(74) No que respeita à classificação da transferência do WBK como auxílio feita pelo BV e a BdB, a Alemanha declarou que uma análise baseada meramente na remuneração mensal não era suficiente. Mais importantes eram os valores de referência como, por exemplo — em função da dotação de capital — retorno (de um empréstimo), incluindo a prestação de segurança, dividendos ou acréscimo de capital. No entanto, no período relevante (1992/93), o LBB era uma instituição com uma elevada capacidade de obter receitas, pelo que a transferência dos activos do WBK para o capital próprio de garantia do LBB foi uma decisão economicamente oportuna.

(75) O WestLB e o LBB, contrariamente ao afirmado pela BdB e o BV, não eram de modo algum comparáveis entre si. Tirante isso, seria inapropriado, tendo em vista o procedimento pendente (na altura) no caso WestLB, falar da metodologia aí aplicada como um método comprovado, como o faz a BdB. A questão sobre até que ponto o capital próprio indicado no balanço deve ser considerado como uma vantagem financeira não se levanta aqui, contrariamente ao caso WestLB, uma vez que não é necessário distinguir entre partes do capital reconhecidas e não reconhecidas. Não houve um auxílio no contexto do aumento de capital próprio indicado no balanço nem das reservas transferidas (ver considerandos 40 a 64).

(76) Além disso, é erróneo assumir que, com fundos próprios de base hipotéticos no valor de mil milhões de euros, poderiam ser concedidos créditos no total de 50 mil milhões de euros. Embora seja incontestável que a reserva especial do IBB, devido ao seu reconhecimento para efeitos de supervisão, desempenhe uma função de garantia e de expansão de actividades, a vantagem limita-se ao montante efectivamente utilizado pelo LBB. O efeito de alavanca hipotético de 1:50 não tem, em princípio, qualquer fundamento.

(77) Ao aplicar o princípio do investidor numa economia de mercado, a análise devia orientar-se para um tal investidor numa situação comparável. No caso em apreço, o *Land* como investidor decidiu vincular a liquidez da reserva especial aos negócios do IBB e não pôr este capital à disposição do LBB para efeitos financeiros. O *Land* obteve com este capital rendibilidades próprias (ver considerandos 40 a 64). Além disso, só o *Land* é que continuou a ter direitos sobre o fundo especial do IBB, mesmo após a transferência do LBB para a BGB. Também é falso afirmar que as remunerações pagas ao IBB pelo LBB foram pagas a si mesmo. Além disso, é normal que um investidor numa economia de mercado ceda os seus direitos de remuneração a terceiros, especialmente quando o terceiro é uma empresa ou activos detidos na íntegra pelo investidor.

(78) Por último, no que respeita às observações do BV quanto à sua quota de mercado em comparação com a da BGB, a Alemanha disse que o BV detinha em Berlim uma quota de mercado superior à por ele indicada. Era a segunda maior instituição de crédito e a sua quota de mercado devia corresponder a 60-70% da BGB; mesmo no sector dos depósitos de clientes privados, tinha cerca de 1/3 da quota de mercado da BGB.

VII. ACORDO ENTRE A BDB, O *LAND* DE BERLIM E O LBB

(79) Em 7 de Outubro de 2004, a Alemanha informou a Comissão sobre os resultados do acordo entre o autor da denúncia (a BdB), o *Land* de Berlim e o LBB. Sem prejuízo das posições jurídicas de princípio que sustentam, as partes chegaram a um acordo sobre o que consideravam como parâmetros apropriados para determinar uma remuneração adequada dos activos do WBK. As partes solicitaram à Comissão que tivesse em conta na sua decisão os resultados de um tal acordo.

(80) Com base na abordagem já descrita em pormenor na Decisão 2000/392/CE, as partes determinaram, primeiro, como remuneração mínima para a reserva especial do WBK uma taxa de 10,19%. Uma vez que *Land* de Berlim era o único proprietário, não foi acordado nenhum outro prémio, como, por exemplo, para a falta de direitos de voto. Por último, determinou-se uma dedução de 3,62% pela falta de liquidez do capital (com base na taxa de juro sem risco enquanto custos brutos de refinanciamento, dos quais há que deduzir cerca de 50% de impostos sobre rendimento das sociedades e a sobretaxa de solidariedade, para obter os custos líquidos de refinanciamento). Como resultado chegou-se a uma remuneração adequada de 6,57%.

(81) O acordo não se pronuncia sobre a remuneração para a parte do capital do WBK não susceptível de ser utilizada para as actividades concorrenciais do LBB.

(82) Ao capital nominal do IBB no valor de 187,5 milhões de DEM transferido para o capital nominal do LBB não foi aplicada nenhuma dedução devido aos custos de refinanciamento, dado tratar-se de fundos líquidos. Uma vez que o

capital nominal foi transferido para a BGB em duas etapas em 1994 e 1998, as partes acordaram em que o capital nominal só devia ser remunerado até estes dois momentos (proporcionalmente em cada caso).

(83) As partes não conseguiram chegar a acordo quanto a ter ou não em conta uma eventual mais valia em resultado da transferência do LBB. Do ponto de vista do Landesbank, foi realizada uma mais-valia através da alienação do LBB em 1994 e 1998.

VIII. ANÁLISE DAS MEDIDAS

1. *SOBRE A QUESTÃO GERAL DO PRAZO DE PRESCRIÇÃO*

(84) A Alemanha declarou que a data relevante para um possível prazo de prescrição aplicável a uma recuperação era 16 de Junho de 1992 quando o Senado (governo) do *Land* de Berlim adoptou uma resolução relativa ao estabelecimento de uma *holding* bancária em Berlim (Berliner Banken-Holding). No entanto, nesta resolução, de que a Comissão dispõe, foi decidido apenas «reestruturar as participações bancárias de Berlim». Previa-se a «criação da Berliner Banken-Holding AG, reunindo sob o seu tecto o Landesbank Berlin-Girozentrale, o Berliner Bank AG e o Berliner Pfandbrief-Bank». Esta decisão não implica uma transferência dos activos.

(85) A medida em causa, nomeadamente a transferência dos activos do WBK para o LBB, só foi tomada em 31 de Dezembro de 1992. O efeito económico da medida, i.e., o aumento do capital próprio do LBB e as daí resultantes possibilidades acrescidas de concessão de crédito, verificou-se, portanto, apenas em 1 de Janeiro de 1993. Antes desta data, no caso em apreço, não pôde ser concedido nenhum auxílio estatal.

(86) Mesmo que se tivesse de fixar o momento de concessão da medida meses antes da data de transferência, ou seja, 16 de Junho de 1992, não se podia partir, como argumentou a Alemanha, de uma prescrição dos poderes da Comissão para recuperar o auxílio nos termos do n.º 1 do artigo 15.º do Regulamento n.º 659/1999. No parecer da Alemanha, a decisão de 4 de Julho de 2002 que dá início ao procedimento foi o primeiro acto da Comissão a interromper o prazo de prescrição, nomeadamente porque nesta decisão é que foi pedido pela primeira vez à Alemanha para enviar ao beneficiário do auxílio uma cópia dessa carta. A Comissão rejeita este ponto de vista. O n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999 refere-se a «quaisquer actos» da Comissão, não a um início formal do procedimento.

(87) No caso em apreço, as diversas medidas da Comissão, em especial os diferentes pedidos de informação referentes ao LBB e, em qualquer caso, o pedido de informação de Setembro de 1999, foram suficientes para interromper o prazo de prescrição. E não é necessário que as medidas da Comissão sejam conhecidas do LBB. No seu acórdão de 10 de Abril de 2003 no Processo T-366/00 (*Scott SA contra Comissão)* ([23]) , o Tribunal de Primeira Instância estabeleceu que o facto de o beneficiário do auxílio não saber dos pedidos de informações dirigidos ao Estado-Membro não priva esses pedidos de efeitos jurídicos relativamente ao beneficiário do auxílio. A Comissão não é obrigada a avisar as pessoas potencialmente interessadas, incluindo o beneficiário do auxílio, das medidas que toma a respeito de um auxílio ilegal, antes de dar início ao procedimento administrativo. O Tribunal chegou assim à conclusão de que, no caso dos pedidos de informações em apreço, se trata de uma medida nos termos do artigo 15.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999 que interrompeu o prazo de prescrição antes do seu termo, mesmo se o beneficiário do auxílio ignorasse a existência dos pedidos de informações ([24]).

(88) Além disso, parece pouco provável que o LBB não tivesse conhecimento dos pedidos de informações da Comissão, uma vez que a Alemanha respondeu a esses pedidos em Dezembro de 1999.

2. *AUXÍLIO ESTATAL NA ACEPÇÃO DO N.º 1 DO ARTIGO 87.º DO TRATADO CE*

(89) O n.º 1 do artigo 87.º do Tratado CE determina que, salvo disposição em contrário no Tratado CE, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

2.a RECURSOS ESTATAIS

(90) A transferência descrita supra foi decidida pelo *Land* de Berlim para aumentar o capital do LBB, transferindo para ele as tarefas de interesse público do WBK/IBB, cujo garante e proprietário era o *Land*. A transferência aumentou os fundos próprios de garantia do LBB reconhecidos para efeitos de supervisão por carta de 24 de Fevereiro de 1993 em cerca de 1,9 mil milhões de DEM. 187,5 milhões de DEM desse montante correspondiam ao aumento do capital nominal do LBB pelo capital nominal do antigo WBK ([25]) e cerca de 1,715 mil milhões de DEM à reserva de lucros do WBK (sem o lucro líquido de 1992 de pouco menos de 200 milhões de DEM) que, desde então, é indicado como reserva especial do IBB e tem crescido continuamente.

(91) A transferência de cerca de 1,9 mil milhões de DEM e o seu reconhecimento como fundos próprios de base para efeitos de supervisão aumentaram significativamente a capacidade de concessão de crédito do LBB e, desse modo, a possibilidade de expansão das suas actividades concorrenciais. Com uma ponderação pelo risco de 100% para todas as responsabilidades (por exemplo, de empréstimos a não bancos) e sem uma obtenção de fundos complementares, o potencial de expansão dos negócios situa-se teoricamente em 12,5 vezes os fundos próprios complementares de garantia (neste caso, pouco menos de 24 mil milhões de DEM). Não é

([23]) Colect. 2003, S.II-1763.

([24]) Ebenda, n.º 60.

([25]) Este montante não é imputado, desde então, ao património do IBB.

possível dar um número preciso para este potencial em casos individuais, pois que depende da estrutura dos clientes, da planificação estratégica e de influências externas imprevisíveis. No entanto, a questão de saber se e como é que uma instituição de crédito utiliza novos fundos próprios não é objecto dessa investigação.

(92) Independentemente do facto de o IBB ter ainda necessidade de uma parte dos fundos para sustentar as suas actividades de incentivo, os activos transferidos foram reconhecidos para efeitos de supervisão e podiam, assim, ser utilizados para efeitos de garantia pelo LBB, que estava em concorrência com outras instituições de crédito. Não subsistem portanto quaisquer dúvidas de que para o LBB foram transferidos recursos estatais susceptíveis de lhe dar uma vantagem económica sobre os seus concorrentes, na medida em que esses recursos não foram obtidos em condições de mercado.

2.b FAVORECIMENTO DE UMA DADA EMPRESA

(93) Por forma a determinar em que medida a transferência de recursos estatais para uma empresa pública favorece esta empresa, podendo assim constituir um auxílio estatal na acepção do n.º 1 do artigo 87.º do Tratado CE, a Comissão aplica o denominado «princípio do investidor numa economia de mercado». Este princípio foi aceite e desenvolvido pelo Tribunal de Primeira Instância em vários processos, muito recentemente no seu acórdão de 6 de Março de 2003 no que respeita a uma transferência semelhante para o WestLB ([26]).

(1) ***O Princípio Do Investidor Numa Economia De Mercado***

(94) Segundo o princípio do investidor numa economia de mercado, não se considera haver favorecimento de uma empresa quando os meios financeiros são disponibilizados em «condições em que um proprietário privado consideraria aceitável conceder os mesmo fundos a uma empresa privada comparável, operando este investidor privado em condições normais de uma economia de mercado» ([27]). Em contrapartida, haverá favorecimento na acepção do n.º 1 do artigo 87.º do Tratado CE se o acordo de remuneração proposto e/ou a situação financeira da empresa for tal que não se pode esperar um retorno do investimento num período de tempo razoável.

(2) ***Artigo 295.º Do Tratado Ce***

(95) O artigo 295.º do Tratado CE estabelece que este em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-Membros. Tal não justifica, no entanto, qualquer infracção às regras de concorrência do Tratado.

(96) A Alemanha alega que, devido às limitações decorrentes da finalidade específica dos activos das WBK, estes recursos não poderiam ser utilizados de forma rentável a não ser através de uma transferência para uma instituição pública semelhante. Consequentemente, a transferência efectuada constituiria a utilização mais sensata, em termos comerciais, do património em questão. Assim, qualquer remuneração pela transferência, ou seja, qualquer rendibilidade adicional do capital das WBK, é suficiente para justificar a transferência à luz do «princípio do investidor numa economia de mercado».

(97) Esta argumentação não pode ser aceite. Poderá admitir-se que a transferência do WBK para o LBB e a possibilidade subsequente de o LBB utilizar uma parte do capital do WBK para sustentar as actividades concorrenciais seja a utilização mais sensata do ponto de vista comercial. Contudo, logo que fundos públicos e outros activos são utilizados para actividades comerciais concorrenciais, têm de lhes ser aplicadas as regras normais da economia de mercado. Tal significa que, logo que o Estado decide utilizar (também) comercialmente os activos com finalidade pública, deve solicitar uma remuneração correspondente às condições de mercado.

(3) ***Estrutura De Propriedade***

(98) A questão-chave, como formulado pelo Tribunal de Primeira Instância no seu acórdão sobre o WestLB com remissão para a jurisprudência anterior ([28]), é se, em circunstâncias similares, um investidor privado numa economia de mercado e de dimensão comparável ao das instituições administrativas do sector público podia ser levado a fazer a contribuição de capital em questão. Por último, como o Tribunal o esclareceu também remetendo para outros acórdãos, «a comparação entre os comportamentos dos investidores público e privado deve ser estabelecida relativamente à atitude que, no momento da operação em causa, teria um investidor privado, à luz das informações disponíveis e das evoluções previsíveis nesse momento» ([29]). Isso torna claro que a avaliação tem de se centrar no momento do investimento e nas expectativas que um investidor teria razoavelmente tido nessa altura, i.e., com base na informação disponível. Estas expectativas referem-se essencialmente à rendibilidade provável.

(99) O *Land* de Berlim era o único proprietário do LBB (e do WBK). Mesmo que estas circunstâncias permitissem abstrair de uma abordagem que tem em conta apenas uma remuneração acordada fixa — em média 0,25% sobre a parte da reserva especial utilizada pelo LBB a partir de Dezembro de 1995 —, o facto de o *Land* de Berlim ser, no presente caso, o proprietário não pode ser usado para justificar uma baixa remuneração directa.

(100) Para invocar como justificação o facto de o *Land* ser o proprietário, teria de haver um plano de negócios adequado, um parecer de peritos ou uma avaliação da rendibilidade a esperar do investimento em causa. Na altura, nada disso foi produzido. A Comissão não tem, portanto, quaisquer meios para verificar as observações do *Land*.

([26]) Ver nota 3.

([27]) Comunicação da Comissão aos Estados-Membros sobre a aplicação dos artigos 92.º e 93.º do Tratado CE e do artigo 5.º da Directiva 80/723/CEE da Comissão relativa às empresas públicas do sector produtivo (JO C 307 de 13.11.1993, p. 3, ver ponto 11). Embora esta comunicação trate expressamente da indústria transformadora, o princípio é indubitavelmente também aplicável da mesma forma a todos os outros sectores. No que se refere aos serviços financeiros, esta situação foi confirmada por diversas decisões da Comissão, por exemplo nos processos Crédit Lyonnais (JO L 221 de 8.8.1998, p. 28) e GAN (JO L 78 de 16.3.1998, p. 1).

([28]) Ver nota 3, n.º 245.

([29]) Ver nota 3, n.º 246.

(101) A Comissão é, portanto, de parecer que, neste caso, a remuneração adequada deve ser determinada com base na remuneração directa de mercado.

(4) ***Remuneração e elementos de remuneração***

Base de capital para o cálculo da remuneração

(102) Tal como aplicado na Decisão 2000/392/CE e confirmado pelo Tribunal de Primeira Instância, há que pagar uma remuneração pelo valor total dos activos transferidos. Uma vez que a BAKred reconheceu directamente e na íntegra os montantes como fundos próprios de base, eles estavam à disposição do LBB para efeitos de garantia a partir de 1 Janeiro de 1993, à excepção dos montantes necessários anualmente para as actividades de incentivo. O capital necessário para sustentar as actividades de incentivo e que o LBB não podia, portanto, utilizar tem de ser, porém, deduzido dos montantes que cresciam de ano para ano desde então.

(103) Os valores para a reserva especial do WBK/IBB e para o capital necessário para as actividades de incentivo do IBB variaram, ou aumentaram continuamente, desde o início de 1993. São apresentados no quadro no considerando 142.

(104) O capital nominal do WBK/IBB no valor de 187,5 milhões de DEM e transferido para o capital nominal do LBB era capital líquido. Em 1994, foram vendidas à BGB 75,01% das acções do LBB, e, em 1998, as acções remanescentes (24,99%) pelo preço de 1,5 mil milhões de DEM. O capital nominal foi, portanto, imputado à BGB a partir de 1998.

(105) Há, assim, três bases de cálculo para uma remuneração adequada: primeiro, o capital líquido de 187,5 milhões de DEM para 1993, com um valor de 46,9 milhões de DEM (correspondente a 24,99% das acções) para os anos 1994 a 1997; segundo, a reserva especial; e, terceiro, os fundos necessários para as actividades de incentivo. Uma vez que aos dois primeiros elementos se aplica a mesma rendibilidade mínima, podem ser inicialmente considerados em conjunto a seguir.

Remuneração adequada do capital nominal e da reserva especial

(106) Investimentos financeiros de diferente qualidade económica implicam rendibilidades diferentes. Ao analisar a aceitabilidade de um investimento para um investidor que actua em condições normais de mercado, há que partir, portanto, do carácter económico especial da medida financeira em questão e do valor do capital posto à disposição do LBB.

Comparação com outros instrumentos de capital próprio

(107) Ao estabelecer uma remuneração adequada, é importante determinar com que outros instrumentos de capital próprio é que a transferência de activos do WBK pode ser comparada, uma vez que a remuneração de mercado difere de instrumento para instrumento. Para efeitos do acordo, a BdB, o *Land* e o LBB assumem que pode ser comparado ao investimento de capital social.

(108) A Comissão também é de parecer que a transferência se assemelha sobretudo a um investimento de capital social. Para o capital nominal, isso pode ser assumido sem qualquer dúvida, pelo que não precisa de ser dissecado aqui. No entanto, isso aplica-se também à reserva especial, que é igualmente reconhecida pela BAKred como fundos próprios de base.

(109) Neste contexto, há que realçar, em primeiro lugar, que o leque relativamente amplo de instrumentos de capital próprio de que as instituições de crédito agora dispõem em diversos países não existia ainda na Alemanha em 1993, quando foi decidida a transferência do WBK para o LBB. Alguns desses instrumentos foram entretanto desenvolvidos, enquanto outros já existiam mas não eram reconhecidos na Alemanha. Por conseguinte, não é convincente a comparação da reserva especial com tais instrumentos inovadores, a maior parte dos quais só foram desenvolvidos mais tarde e só em parte estão disponíveis noutros países.

(110) A Comissão é também de parecer que uma comparação com as participações passivas não é pertinente para determinar a remuneração adequada pela reserva especial reconhecida como fundos próprios de base. Para a Comissão, um importante factor neste contexto é o facto de a transferência não ter revestido precisamente a forma de uma participação passiva, mas de uma reserva especial. A BAKred também reconheceu a transferência como uma reserva e não como uma participação passiva nos termos do artigo 10.º da KWG. O facto de as autoridades alemãs o tratarem como reserva sugere que o capital disponibilizado apresenta maior analogia com capital social do que com participações passivas.

(111) Além disso, o risco de perder, pelo menos em parte, o capital transferido em caso de insolvência ou liquidação não é menor do que o risco em caso de investimento de capital social, uma vez que os activos do WBK constituem uma parte considerável do capital próprio do LBB e o LBB utilizou um montante substancial desses activos durante muitos anos para cobrir activos sujeitos a risco.

Custos de liquidez da reserva especial

(112) Uma injecção de capital «normal» num banco fornece a este tanto liquidez como uma base de fundos próprios necessária, por razões de supervisão, para a expansão das suas actividades. Para utilizar plenamente o capital, ou seja, multiplicar os seus activos ponderados pelo risco a 100% pelo factor 12,5 (100 dividido pelo rácio de solvabilidade de 8%), o banco tem de se refinanciar 11,5 vezes nos mercados financeiros. Simplificando, a diferença entre as 12,5 vezes o juro recebido e 11,5 vezes o juro pago, menos outros custos do banco (por exemplo, custos administrativos) corresponde ao lucro obtido com o capital próprio ([30]).

([30]) É óbvio que na realidade a situação é muito mais complexa, devido, por exemplo, a rubricas extrapatrimoniais, a diversas ponderações de risco nos activos e a rubricas de risco nulo. Contudo, a essência do raciocínio mantém-se.

(113) Tirante o capital nominal de 187,5 milhões de DEM, a transferência do património do WBK não forneceu inicialmente liquidez ao LBB. O LBB incorria, por isso, em custos de financiamento adicionais equivalentes ao capital se tivesse de obter nos mercados financeiros os fundos necessários para tirar pleno partido das oportunidades comerciais abertas pelo capital próprio adicional, ou seja, para conseguir um aumento dos activos ponderados pelo risco equivalente a 12,5 vezes o montante do capital (ou manter a esse nível os activos existentes) ([31]).

(114) Devido a estes custos adicionais, que não existem no caso de outras formas de injecção de capital próprio, a remuneração adequada deve ser reduzida em conformidade. Um investidor numa economia de mercado não pode esperar uma remuneração idêntica à que obteria com a injecção de capital líquido.

(115) Segundo a Comissão, não é necessário tomar em consideração a totalidade da taxa de juro de refinanciamento. Os custos de refinanciamento constituem despesas de exploração e reduzem, por conseguinte, o rendimento colectável. O resultado líquido do banco não diminui, assim, no montante equivalente aos juros adicionais pagos. Parte destas despesas é compensada por uma redução do imposto sobre o rendimento das sociedades. Só devem ser considerados os custos líquidos como encargos adicionais do LBB, decorrentes da natureza específica do capital transferido. No conjunto, a Comissão aceita que o LBB incorre em «custos de liquidez» adicionais no valor dos «custos de refinanciamento menos imposto sobre as sociedades».

(116) Nas negociações sobre o acordo, as partes, tal como no acordo no caso do Hamburgische Landesbank, cuja transferência foi efectuada ao memo tempo, utilizaram uma taxa sem risco a longo prazo de 7,23%. Acresce que as partes acordaram em pressupor uma taxa de tributação fixa de 50% ([32]). Chega-se, assim, a uma taxa de refinanciamento líquida de 3,62% e, desse modo, a uma correspondente dedução de liquidez. Esta dedução aplica-se apenas à reserva especial.

Determinação da remuneração mínima esperada de uma reserva especial e do capital nominal

(117) Um investidor numa economia de mercado baseia as suas expectativas de rendibilidade nas rendibilidades médias históricas, as quais, regra geral, representam também um ponto de referência para o desempenho futuro da sociedade, bem como nas conclusões que retira, nomeadamente, da análise do modelo comercial da sociedade para o período de investimento em questão, da estratégia e qualidade da gestão e das perspectivas do sector económico em causa. As empresas com necessidade de capital têm de convencer os investidores potenciais de que, a longo prazo, serão capazes de obter pelo menos a rendibilidade que pode ser esperada de empresas com um nível de risco comparável e operando no mesmo sector económico. Se uma empresa não puder satisfazer as expectativas de, pelo menos, uma taxa de rendibilidade média, o investidor não efectuará esse investimento e considerará a hipótese de investir numa outra empresa com melhores perspectivas para risco igual.

(118) Existem diferentes métodos para determinar a remuneração mínima adequada, desde as diferentes abordagens numa perspectiva de financiamento ao método segundo o Modelo de Equilíbrio de Activos Financeiros (CAPM). Para ilustrar as diferentes soluções, é oportuno distinguir dois componentes — a rendibilidade sem risco e o prémio de risco específico do projecto: rendibilidade mínima adequada de um investimento de risco = taxa de base sem risco + prémio de risco do investimento de risco. A rendibilidade mínima adequada de um investimento de risco pode, pois, ser descrita como a soma da taxa de rendibilidade sem risco e do prémio de risco adicional pela assunção do risco específico do investimento.

(119) Assim, a base para a determinação da rendibilidade está na existência de uma forma de investimento isenta de risco com uma rendibilidade que se assume sem risco. Geralmente, a rendibilidade esperada dos títulos a juro fixo emitidos pelo Estado (ou um índice baseado em tais títulos) é utilizada para determinar a taxa de base sem risco, já que estes títulos constituem formas de investimento com um risco comparavelmente baixo. Todavia, há diferenças entre os diversos métodos quando se trata de determinar o prémio de risco:

— *Abordagem do financiamento:* A rendibilidade esperada do capital próprio de um investidor representa, na óptica do banco que utiliza o capital, custos de financiamento futuros. Em primeiro lugar, determinam-se os custos históricos do capital próprio incorridos por bancos em situação comparável. A média aritmética dos custos históricos do capital é em seguida comparada com os custos do capital próprio esperados no futuro e, assim, com a exigência do investidor em termos de rendibilidade esperada.

— *Abordagem de financiamento com a «compound annual growth rate» (taxa de crescimento anual composta)*: No centro desta abordagem está o uso da média geométrica em vez da média aritmética.

— *CAPM*: O CAPM é o modelo mais conhecido e mais frequentemente testado a nível da gestão financeira moderna para determinar a rendibilidade esperada por um investidor, através da seguinte fórmula: rendibilidade esperada = taxa de juro sem risco + prémio de risco de mercado x Beta. O factor Beta permite quantificar o risco de uma sociedade relativamente ao risco global de todas as sociedades. O prémio de risco para um investimento específico obtém-se multiplicando o prémio de risco do mercado pelo factor Beta.

([31]) A situação não se altera se for considerada a possibilidade de obter fundos próprios complementares numa proporção equivalente aos fundos próprios de base (factor 25 em vez de 12,5 para os fundos próprios de base).

([32]) Segundo os documentos fornecidos pela Alemanha, o imposto sobre o rendimento das sociedades elevava-se a 46% em 1992, acrescido de uma sobretaxa de solidariedade de 3,75% (ou seja, 49,75% no total). A taxa global de tributação desceu para 46% em 1993 e foi de 49,5% entre 1994 e 2000. A partir de 2001, a taxa global de tributação foi de 30%.

(120) O CAPM é o método mais utilizado para calcular as rendibilidades do investimento em grandes sociedades cotadas na bolsa. Porém, visto que o LBB não está cotado na bolsa, não é possível inferir directamente o respectivo valor Beta. Assim, o CAPM só pode ser utilizado com base numa estimativa do factor Beta.

(121) A Alemanha levanta em geral reservas à utilização do CAPM Por fim, no seu acordo, as partes utilizaram apesar de tudo o CAPM como base, obtendo uma taxa de remuneração adequada para a transferência do capital nominal e da reserva especial para o LBB no valor de 10,19%.

(122) As partes utilizaram o CAPM como base dos seus cálculos e uma taxa de base de juro sem risco para o LBB de 7,23% em 31 de Dezembro de 1992. O cálculo destas taxas de juro foi feito partindo do pressuposto de que o património do WBK deveria ser posto à disposição do LBB de forma permanente. Assim, as partes renunciaram a utilizar uma taxa sem risco para uma data de referência, observável no mercado no momento da transferência, para um período de investimento fixo (por exemplo, a rendibilidade das obrigações do Tesouro a 10 anos), uma vez que, se o tivessem feito, não teriam considerado o risco de reinvestimento, isto é, o risco de, no termo do período de investimento, o capital não poder ser investido de novo à taxa de juro sem risco. Consideraram que a melhor forma de ter em conta o risco de investimento era tomar por base um «total return index». Em consequência, recorreram ao índice de performance da Deutsche Börse AG, o REX10, que dá conta do desempenho de um investimento em obrigações do Tesouro da República Federal da Alemanha com um prazo de 10 anos. A série de índices utilizada no caso vertente contém as cotações respectivas no final do ano relativamente ao REX10 Performance Index desde 1970. As partes procederam então ao cálculo da rendibilidade p.a., a qual reflecte a tendência patente no REX10 no período 1970-1992, tendo chegado assim à referida taxa de base sem risco de 7,23% (31 de Dezembro de 1992).

(123) Dado que o investimento devia estar à disposição do LBB de forma permanente, a metodologia seguida para o cálculo da taxa de base sem risco neste caso especial afigura-se adequada. O índice REX10 também constitui uma fonte de dados geralmente reconhecida. Em consequência, as taxas de base sem risco assim calculadas parecem correctas.

(124) O factor Beta foi estimado em 0,74 com base num parecer da KPMG sobre os chamado factores Beta ajustados de todas as instituições de crédito cotadas em bolsa na Alemanha, ao qual a Comissão teve acesso. Com base neste estudo e à luz do perfil de negócios do LBB, este factor Beta deve ser considerado adequado.

(125) Também o prémio de risco de mercado de 4,0% pode, na opinião da Comissão, ser considerado defensável. Já no procedimento que levou à Decisão 2000/392/CE, foi várias vezes referido o chamado prémio geral de risco de mercado a longo prazo, isto é, a diferença entre a rendibilidade média a longo prazo de uma carteira de acções convencional e a das obrigações do Tesouro. Nos pareceres relativos a este procedimento foram aplicadas margens de 3% a 5%, consoante o método utilizado, o período de referência e a base de dados. Assim, um parecer elaborado para a BdB utilizou em alternativa 3,16% e 5%, enquanto outro, destinado ao WestLB no âmbito do mesmo procedimento, utilizou em alternativa 4,5% e 5%, e, por seu lado, a Lehman Brothers, que também trabalhava para o WestLB, usou uma taxa de 4%. Atendendo a esta situação, a Comissão não vê qualquer motivo no caso vertente para um desvio em relação ao prémio de risco de mercado utilizado no acordo. Partindo do CAPM, a Comissão não tem quaisquer dúvidas de que a remuneração mínima determinada pelas partes pode ser considerada adequada.

(126) A Comissão fixa, portanto, como remuneração mínima adequada um valor de 10,19% p.a. (líquido de imposto sobre as sociedades e antes de imposto sobre o investidor).

Nenhum prémio de rendibilidade devido aos 100% de propriedade

(127) Importa examinar se há razões para adaptar a remuneração mínima assim determinada. Com base na abordagem utilizada nos outros procedimentos relativos a Landesbanken, as três características da transacção apontadas a seguir podem justificar um tal prémio: primeiro, o facto de não terem sido emitidas novas acções e a consequente renúncia a direitos de voto; segundo, o volume extremamente elevado da transferência de activos; e, terceiro, a falta de fungibilidade do investimento.

(128) Como nos outros procedimentos, a Comissão não considera que se justifica um prémio pelos dois últimos aspectos. Não é possível aplicar um prémio relacionado com o facto de não terem sido emitidas novas acções com direitos de voto, uma vez que o *Land* de Berlim já detinha 100% dos acções com direito de voto.

Acordo de remuneração fixa não pode justificar uma diminuição da remuneração

(129) No caso das acções, a remuneração depende directamente dos resultados da sociedade e é, em princípio, expressa sob a forma de dividendos e de uma participação no acréscimo de valor da sociedade (expresso, por exemplo, no aumento da cotação das acções). O Land recebe uma remuneração fixa cujo montante deveria reflectir estes dois aspectos da remuneração de injecções de capital «normais». Poderia alegar-se que o facto de o *Land* receber uma remuneração fixa em vez de uma remuneração directamente ligada ao resultados do LLB constitui uma vantagem que justifica uma redução da taxa de remuneração. A questão de saber se esta taxa fixa constitui de facto uma vantagem comparativamente a um rendimento variável em função dos lucros depende dos resultados futuros da sociedade. Se o desempenho piorar, uma taxa fixa beneficia o investidor, mas, se, pelo contrário, os resultados evoluírem favoravelmente, o investidor ficará em situação de desvantagem. Todavia, a evolução real não pode ser utilizada retroactivamente para avaliar uma decisão de investimento. Em consequência, a Comissão considera que este motivo não justifica uma redução da taxa de remuneração.

Remuneração total do capital nominal e da reserva específica

(130) Com base em todas estas considerações, a Comissão conclui que a rendibilidade mínima normal de mercado para o capital e a reserva especial seria 10,19% p.a. (líquida de impostos sobre as sociedades). No que respeita à reserva especial não líquida, deveriam ser deduzidos 3,62%, devido aos custos líquidos de refinanciamento.

Remuneração adequada dos montantes necessários para as actividades de incentivo

(131) Os montantes necessários para as actividades de incentivo têm um valor significativo para o LBB, podendo a sua função económica ser comparada a uma garantia. Para se expor a um risco desta natureza, um investidor numa economia de mercado exigiria uma remuneração adequada. Esta questão não é abordada no acordo entre a BdB, o *Land* e o LBB.

(132) No caso WestLB ([33]), a Alemanha considerou como adequada uma taxa inicial de 0,3% p.a. antes de impostos. Em razão da comparabilidade existente entre o WestLB e o LBB, bem como da ausência de outros indicadores, a Comissão assume que esta taxa corresponde à remuneração que o LBB deveria ter pago em meados dos anos 90 por uma garantia bancária em seu favor e que correspondia aos valores do mercado.

(133) Em contrapartida, a Alemanha reputa que os motivos que fundamentaram a Decisão 2000/392/CE de aumentar a taxa inicial não se aplicam ao caso vertente. Na Decisão 2000/392/CE, a taxa de 0,3% p.a. (antes de impostos) foi majorada de 0,3% p.a., porque, por um lado, as garantias bancárias são geralmente associadas a certas transacções e limitadas no tempo (o que não era o caso em relação ao WestLB) e, por outro, o montante de 3,4 mil milhões de DEM posto à disposição do WestLB excede o que é normalmente coberto por tais garantias.

(134) Não parece apropriado aumentar esta remuneração de 0,3% devido a um valor particularmente elevado da «garantia», uma vez que o montante envolvido se situa entre cerca de 170 e 350 milhões de DEM. Pelas mesmas razões por que não foi aplicado um prémio pela remuneração do capital disponível para actividades concorrenciais, também é duvidoso que esta taxa possa ser aumentada pelo facto de o capital do WBK estar, em princípio, ilimitadamente à disposição do LBB, uma vez que o *Land* tinha a possibilidade de retirar de novo o capital ao LBB, o que até aconteceu no final do mês de Agosto de 2004.

(135) O prémio de garantia é considerado como despesa de exploração para o LBB, reduzindo consequentemente o lucro tributável. A remuneração dos activos do WBK é paga a partir dos lucros após impostos. A taxa de 0,3% tem de ser, por isso, ajustada por esta taxa de tributação. Tal como para os custos de refinanciamento, a Comissão pressupõe uma única taxa de tributação global de 50%, neste caso em favor do LBB. Consequentemente, fixa uma taxa de 0,15% p.a. líquida de impostos.

([33]) Ver nota 2, n.º 221.

(5) ***Elemento de auxílio***

(136) De acordo com os cálculos supra, a Comissão considera que uma remuneração de 10,19% p.a. líquida de impostos para o capital nominal, de 6,57% p.a. líquida de impostos para a parte da reserva especial que podia ser utilizada pelo LBB para sustentar as suas actividades comerciais e de 0,15% p.a. líquida de impostos para os montantes necessários para as actividades de incentivo, mas indicados como capital próprio no balanço, está em conformidade com as condições de mercado.

(137) Com base nos critérios de avaliação supra e nas remunerações para os vários tipos de capital transferido, os montantes indicados no quadro infra no considerando 142 deviam ser pagos como remuneração adequada pelos elementos e anos individuais.

(138) Contra estes montantes deviam ser colocados os elementos de remuneração acordados no momento do investimento, que, do ponto de vista da Comissão, consistem apenas na remuneração fixa acordada em montantes variáveis (ver quadro, considerando 142) pela utilização da reserva especial. Outros elementos, como as mais-valias realizadas e indicadas pela Alemanha, ou os dividendos no valor de 238 milhões de DEM em 1993, não podem ser contrapostos à remuneração adequada.

(139) A Alemanha argumentou que as mais valias realizadas aquando das duas vendas efectuadas em 1994 e 1998, bem como os dividendos no valor de 238 milhões de DEM, deviam ser deduzidos da remuneração a pagar. No entanto, os pagamentos feitos e as mais-valias realizadas após o investimento não podem ser tidos em conta ao aplicar o princípio do investidor numa economia de mercado, que, com base na informação de que dispõe na altura do investimento, ou espera uma rendibilidade apropriada ou acorda uma remuneração directa. Assim, os dividendos ou as mais valias que não podem ser calculados de antemão não são relevantes. Nem é relevante o facto de uma mais-valia realizada através de uma venda conduzir ou não a receitas. Por fim, não é claro por que é que os dividendos no valor de 238 milhões de DEM deviam ter sido realizados com base na reserva especial transferida; no máximo, poder-se-ia considerar proporcionalmente o pagamento com base na relação da reserva especial para o resto dos fundos próprios do LBB.

(140) A Alemanha afirmou ainda que uma razão para a transferência era alcançar potenciais sinergias e não uma subida do capital próprio do LBB. Visto que estas sinergias não reduzem, para o LBB, a possibilidade de utilização do capital transferido, nem aumentam os custos decorrentes, para o LBB, da transferência, não deveriam também influenciar a remuneração adequada que pode ser exigida ao banco por um investidor numa economia de mercado no que se refere ao capital próprio fornecido. Mesmo no caso de existir uma vantagem real para o *Land* em resultado de sinergias, todo e qualquer concorrente teria sido obrigado, pela concorrência, a «pagar» ao *Land* pelo

instrumento financeiro, para além de uma remuneração adequada pelo capital próprio disponibilizado, uma «remuneração» sob a forma de tais benefícios. A Comissão é, portanto, de parecer que quaisquer efeitos de sinergia não constituem uma remuneração paga pelo LBB pela transferência do WBK.

(141) A diferença entre a remuneração acordada de 0,25% p.a e a remuneração adequada de 6,57% p.a. (para a parte da reserva especial que o LBB pode utilizar para as suas actividades concorrenciais) ou 10,19% p.a. (para o capital nominal do WBK) e 0,15 p.a. (para a parte dos activos que pode ser equiparada a uma garantia bancária) constitui, assim, um auxílio estatal na acepção do n.º 1 do artigo 87.º do Tratado CE.

(142) O elemento de auxílio consiste, portanto, no seguinte:

Valores (milhões de DEM no fim do ano)	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004 (1)	Total	Total €
1. Reserva especial do 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		
Utilização para actividades de incentivo	168,7	180,1	273,2	323,8	346,4	233,6	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]		
Parte remanescente da reserva especial	1 546,5	1 825,7	1 832,6	1 882,2	1 959,6	2 122,4	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]		
Taxa de juro	6,57%	6,57%	6,57%	6,57%	6,57%	6,57%	6,57%	6,57%	6,57%	6,57%	6,57%	6,57%		
Remuneração a pagar	101,6	119,9	120,4	123,7	128,7	139,4	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
2. Capital nominal do WBK	187,5	46,9	46,9	46,9	46,9									
Taxa de juro	10,19%	10,19%	10,19%	10,19%	10,19%									
Remuneração a pagar	19,1	4,8	4,8	4,8	4,8								38,2	19,5
Comissão de garantia	0,15%	0,15%	0,15%	0,15%	0,15%	0,15%	0,15%	0,15%	0,15%	0,15%	0,15%	0,15%		
Comissão de garantia	0,253	0,270	0,410	0,486	0,520	0,350	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
3. Remuneração já paga	0,0	0,0	0,0	1,2	3,4	3,6	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]
4. Remuneração ainda pagar	121,0	125,0	125,6	127,7	130,6	136,2	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	[…]	1 584,5	810,14

(1) Desde 1.1 1999, o DEM é convertido em euros ao câmbio de 1,95583. Os dados em DEM devem, assim, ser convertidos em euros.
01.01.-31.08.2004. A seguir, conversão de 1,1 mil milhões de DEM da reserva especial do IBB em participações passivas do Land no LBB com remuneração de acordo com o mercado.

(143) Com a separação do IBB do LBB em 1 de Setembro de 2004, a reserva especial voltou para o *Land* de Berlim, tendo uns 1,1 mil milhões de euros dessa reserva especial sido transferidos para duas participações passivas do *Land* no LBB. Com esta separação, terminou em 1 de Setembro de 2004 o tratamento favorável objecto de investigação.

2.c DISTORÇÃO DA CONCORRÊNCIA E ENTRAVES AO COMÉRCIO ENTRE OS ESTADOS-MEMBROS

(144) A liberalização dos serviços financeiros e a integração dos mercados financeiros têm tornado as actividades bancárias na Comunidade cada vez mais vulneráveis às distorções da concorrência. Esta evolução está actualmente a intensificar-se ainda mais com a União Económica e Monetária, que tem vindo a suprimir os obstáculos subsistentes à concorrência nos mercados dos serviços financeiros.

(145) O LBB, banco beneficiário, desenvolve actividades no sector bancário a nível regional e internacional. O LBB define-se como um banco comercial universal, caixa de poupança central, banco estatal e banco comunal (*Kommunalbank*). Não obstante o seu nome, tradição e funções estabelecidas juridicamente, o LBB não é de forma alguma meramente um banco local ou regional.

(146) Estes factos revelam claramente que o LBB oferece os seus serviços bancários em concorrência com outros bancos europeus fora da Alemanha e — uma vez que os bancos de outros países europeus desenvolvem actividades na Alemanha — também dentro da Alemanha.

(147) Deverá igualmente recordar-se que existe uma ligação estreita entre os capitais próprios de uma instituição de crédito e as suas actividades bancárias. Um banco só pode funcionar e expandir as suas actividades comerciais se tiver um nível suficiente de fundos próprios reconhecidos. Dado que a medida estatal dotou o LBB de tais fundos próprios para fins de solvabilidade, influenciou directamente a capacidade comercial do banco.

(148) Com base em todos estes elementos, é óbvio que qualquer auxílio concedido ao LBB provoca uma distorção da concorrência e afecta o comércio entre Estados-Membros.

3. *COMPATIBILIDADE DA MEDIDA COM O TRATADO CE*

(149) Com base no exposto, poderá afirmar-se que todos os critérios do n.º 1 do artigo 87.º do Tratado CE estão preenchidos e que a transferência do património do WBK envolve, consequentemente, um auxílio estatal na acepção desse artigo. Com base nisso, importa examinar se o auxílio pode ser considerado compatível com o mercado comum. No entanto, convém notar que a Alemanha não invocou quaisquer derrogações do Tratado no que respeita a eventuais elementos de auxílio estatal no âmbito da transferência do património.

(150) Não se aplica nenhuma das derrogações previstas no n.º 2 do artigo 87.º do Tratado CE. O auxílio não tem nem um carácter social nem é concedido a consumidores individuais. Nem se destina a remediar os danos causados por calamidades naturais ou por outros acontecimentos extraordinários, ou a compensar as desvantagens económicas causadas pela divisão da Alemanha.

(151) Uma vez que o auxílio não persegue qualquer objectivo regional — não se destina a promover o desenvolvimento económico de regiões em que o nível de vida seja anormalmente baixo ou em que exista grave situação de subemprego, nem a facilitar o desenvolvimento de certas regiões económicas — não se aplica nem o disposto no n.º 3, alínea a), do artigo 87.º, nem os aspectos regionais referidos no n.º 3, alínea c), do artigo 87.º do Tratado CE. O auxílio não promove também a realização de um projecto importante de interesse europeu comum. É óbvio que o auxílio não se destina a promover a cultura ou a conservação do património.

(152) Uma vez que a sobrevivência económica do LBB não estava em perigo quando a medida foi aplicada, não há necessidade de determinar se a falência de uma grande instituição de crédito como o LBB provocaria, por si só, uma crise bancária generalizada na Alemanha, o que poderia possivelmente justificar um auxílio nos termos do n.º 3, alínea b), do artigo 87.º do Tratado CE, por forma a pôr termo a uma perturbação grave da economia alemã.

(153) Nos termos do n.º 3, alínea c), do artigo 87.º do Tratado CE, um auxílio poderá ser considerado compatível com o mercado comum se facilitar o desenvolvimento de certas actividades económicas. Esta situação poderia, em princípio, aplicar-se também aos auxílios à reestruturação no sector bancário. Todavia, no caso em apreço, as condições para a aplicação desta derrogação não estão preenchidas. O LBB não era uma empresa em dificuldades, cuja viabilidade tinha de ser restabelecida através de auxílios estatais.

(154) O n.º 2 do artigo 86.º do Tratado CE, que autoriza, mediante certas condições, derrogações às regras do Tratado em matéria de auxílios estatais, aplica-se também, em princípio, ao sector dos serviços financeiros. Este facto foi confirmado pela Comissão no seu relatório «Serviços de interesse económico geral no sector bancário» ([34]).

(155) A Alemanha não observou que, se, eventualmente, a transferência do património do WBK constituiu um tratamento favorável do LBB, tal não foi mais do que uma compensação pelos custos incorridos para o LBB pelo facto de ter assumido o seu mandato público. No parecer da Comissão, é óbvio que a transferência foi efectuada para que o LBB pudesse dar cumprimento às novas exigências em matéria de fundos próprios, não como compensação por um mandato público.

(156) Uma vez que não se aplica qualquer derrogação ao princípio da proibição dos auxílios estatais nos termos do n.º 1 do artigo 87.º do Tratado CE, o auxílio em questão não pode ser considerado compatível com o Tratado.

([34]) Este relatório foi apresentado ao Conselho Ecofin em 23 de Novembro de 1998, mas não foi publicado. Pode ser obtido junto da Direcção-Geral «Concorrência» da Comissão e encontra-se igualmente no sítio web da Comissão.

4. *NÃO SE TRATA DE UM AUXÍLIO EXISTENTE*

(157) A transferência do património do WBK não pode ser considerada como coberta pelo regime de auxílio existente *Anstaltslast* e *Gewährträgerhaftung*.

(158) Por um lado, a *Gewährträgerhaftung* é uma garantia em caso de incumprimento face aos credores, na eventualidade de o património do banco não ser suficiente, o que não é aqui o caso. Nem a injecção de capital se destinava a satisfazer os credores do LBB, nem o património do banco estava esgotado.

(159) Além disso, a *Anstaltslast* também não se aplica. A *Anstaltslast* obriga o garante a dotar o LBB dos meios necessários para o funcionamento adequado do Landesbank, desde que opte pelo prosseguimento das actividades do banco. No entanto, aquando da injecção de capital, o LBB não estava de modo algum em situação de não poder prosseguir a sua actividade regular. Em consequência, a injecção de capital não era necessária para manter a actividade regular do LBB. Um cálculo económico consciencioso por parte do *Land* enquanto co-proprietário permitiu também ao LBB tirar partido de futuras oportunidades de mercado para as suas actividades concorrenciais. O «requisito de necessidade» da *Anstaltslast* não se aplica a uma tal decisão económica normal do *Land*. Não sendo aplicável qualquer outro regime de auxílio já existente nos termos do n.º 1 do artigo 87.º e do n.º 1 do artigo 88.º do Tratado CE, a injecção de capital deve, pois, ser considerada como um novo auxílio na acepção do n.º 1 do artigo 87.º e do n.º 3 do artigo 88.º do Tratado CE.

5. *CONCLUSÃO*

(160) O auxílio resultante da transferência do WBK/IBB em 1 de Janeiro de 1993 não pode, nem por força dos n.ºs 2 ou 3 do artigo 87.º do Tratado CE nem de qualquer outra disposição do Tratado, ser considerado compatível com o mercado comum. Assim, o auxílio é declarado incompatível com o mercado comum e deve ser suprimido. O elemento de auxílio deve ser recuperado pela Alemanha,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

O auxílio estatal no montante de 810,14 milhões de euros concedido pela Alemanha entre 1 de Janeiro de 1993 e 31 de Agosto de 2004 a favor do Landesbank Berlin — Girozentrale é incompatível com o mercado comum.

Artigo 2.º

A Alemanha tomará todas as medidas necessárias para recuperar junto do beneficiário o auxílio referido no artigo 1.º, que lhe foi ilegalmente concedido.

Artigo 3.º

A recuperação deve ter lugar de imediato e em conformidade com os procedimentos de direito nacional, desde que estes permitam uma execução imediata e efectiva da presente decisão.

O montante a recuperar incluirá juros, que são devidos a partir da data em que o auxílio ilegal foi colocado à disposição do beneficiário e até à respectiva recuperação efectiva.

Os juros serão calculados em conformidade com o disposto no Capítulo V do Regulamento (CE) n.º 794/2004 da Comissão ([35]).

Artigo 4.º

No prazo de dois meses a contar da data de notificação da presente decisão, a Alemanha comunicará à Comissão, utilizando o questionário apresentado em anexo, as medidas que tenha adoptado para lhe dar cumprimento

Artigo 5.º

A República Federal da Alemanha é a destinatária da presente decisão.

Feito em Bruxelas, em 20 de Outubro de 2004.

Pela Comissão
Mario MONTI
Membro da Comissão

([35]) JO L 140 de 30.4.2004, p. 1.

ANEXO

INFORMAÇÕES RELATIVAS À EXECUÇÃO DA DECISÃO DA COMISSÃO

1. **Cálculo do montante a recuperar**

1.1 Discriminar os montantes do auxílio estatal ilegal colocados à disposição do beneficiário:

Data do pagamento (°)	Montante do auxílio (*)	Moeda	Identidade do beneficiário

(°) Data em que o auxílio (ou *tranches* do auxílio) foi colocado à disposição do beneficiário (quando uma medida inclui várias tranches e remunerações, utilizar linhas diferentes)
(*) Montante do auxílio colocado à disposição do beneficiário (em equivalentes de auxílio brutos)

Observações:

1.2 Especificar o método de cálculo dos juros aplicáveis ao auxílio a recuperar.

2. **Medidas já adoptadas ou previstas para recuperar o auxílio**

2.1 Descrever pormenorizadamente as medidas já adoptadas e as que estão previstas para uma recuperação imediata e efectiva do auxílio. Especificar igualmente as medidas alternativas existentes na legislação nacional para a recuperação de auxílios. Indicar também, se for o caso, a base jurídica das medidas adoptadas/previstas.

2.2 Indicar a data da recuperação integral do auxílio.

3. **Recuperação já executada**

3.1 Discriminar os montantes do auxílio já recuperados junto do beneficiário:

Data (°)	Montante do auxílio reembolsado	Moeda	Identidade do beneficiário

(°) Data de reembolso do auxílio

3.2 Apresentar os documentos comprovativos do reembolso dos montantes do auxílio especificados no quadro do ponto 3.1.